NIEDERLASSUNGSFREIHEIT, BEDÜRFNISPRÜFUNG UND ART. 12 GG

Probleme bei der Rechtsangleichung der Berufsregelungen in den sechs EWG - Staaten

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster

vorgelegt von
Helmut Peter Kahlert
aus Berlin

1970

NIEDERLASSUNGSFREIHEIT, BEDÜRFNISPRÜFUNG UND ART. 12 GG

Probleme bei der Rechtsangleichung der Berufsregelungen in den sechs EWG-Staaten

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
Münster

vorgelegt von
Helmut Peter Kahlert
aus Berlin

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Prof. Dr. FIKENTSCHER — 1. Berichterstatter
Prof. Dr. UBER — 2. Berichterstatter
Prof. Dr. UBER — Dekan

Tag der mündlichen Prüfung: 6. November 1970

Inhaltsübersicht

		Seite
A	Problemstellung	1
B	1. Abschnitt	
	Niederlassungsfreiheit für die Angehörigen der freien Berufe nach dem EWG-Vertrag	9
	§ 1: Aufhebung der Ausländerdiskriminierungen	11
	§ 2: Allgemeines Programm des Rates zur schrittweisen Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit	14
	1) Rechtsnatur des Allgemeinen Programms	14
	2) Inhalt des Allgemeinen Programms vom 18. 12. 1961	16
	2. Abschnitt	
	Rechtsangleichung der Berufsregelungen nach Art. 57 EWG-Vertrag	19
	§ 3: Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften	19
	§ 4: Lage am Ende der Übergangszeit bei fehlender Koordinierung des Niederlassungsrechts	23
	1) Automatische Aufhebung der Ausländerdiskriminierungen	23
	2) Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum sofortigen Abbau der Diskriminierungen	25
	§ 5: Begriff der Koordinierung	29
	1) Ziel und Verfahren der Koordinierung	29
	2) Richtlinien des Rates als Mittel zur Koordinierung	32
	3. Abschnitt	
	Probleme der Koordinierung von Berufsregelungen	41

Seite

§ 6: Allgemeine Probleme der Rechtangleichung 41

§ 7: Art und Umfang der Koordinierung nach Art. 57 Abs. 2 und 3 47

1) Wirtschaftsverfassung des EWG-Vertrages 47

2) Rechtsangleichung auf liberaler oder restriktiver Basis? 6o

§ 8: Bedenken gegen Richtlinien mit dem Ziel neuer Niederlassungsbeschränkungen (Art. 12 Bonner GG) 66

1) Auslegung des Art. 12 GG durch die Rechtsprechung 67

2) Lehrmeinungen zu Art. 12 GG und zu seiner Auslegung durch die Rechtsprechung 75

§ 9: Rechtsschutz gegen grundgesetzwidrige Richtlinien 81

1) Klage vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften 82

2) Unbeachtlichkeit einer grundgesetzfeindlichen Richtlinie in der Bundesrepublik 91

a) Die Richtlinie in Völkerrecht und Staatsrecht 91

aa) Völkerrechtliche Bindung des Staates 92

bb) Bindungswirkung der Richtlinie gegenüber staatlichen Stellen 97

b) Kollision zwischen Gemeinschafts- und Verfassungsauftrag lol

c) Rangverhältnis zwischen Gemeinschaftsrechtssatz und deutschem Grundgesetz lo3

aa) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Rangfrage lo4

Seite

bb) Rechtsprechung staatlicher Gerichte und nationale Lehrmeinungen zur Rangfrage 109

α)Die "konventionell-völkerrechtliche" Methode 115

β)Die "fortschrittlich-europäische" Methode 117

cc) Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch vor staatlichem Verfassungsrecht 128

C Zusammenfassung 137

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

ALBRECHT, Karl — Planwirtschaftliche und marktwirtschaftliche Elemente in der EWG, in: Europa-Archiv 1965, Heft Nr.17

ALDER, Claudius — Die Befugnisse der Organe der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gegenüber Mitgliedstaaten und Privatunternehmen, Basel 1962

AUBINET, Jacques — Le droit d'établissement dans la Communauté Economique Européenne, in: Journal du droit international, Bd. 86, 1959, S.982 ff.

BADURA, Peter — Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, Korreferat auf der Tagung der VDStRL vom 7. bis 10. Oktober 1964 in Kiel, Bericht von Dr. Hans Schrödter, in: DVerwBl. 1965, S. 111 ff.

BACHOF, Otto — Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Bd. 31. Halbbd., Berlin 1958, S. 155 ff.

BANDILLA, Rüdiger — Das Klagerecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften gegen Durchgriffsakte, in: Schriften zur Europäischen Integration, Bd. 2, Hamburg 1965

BAUMANN, Joachim — Die Harmonisierung des Niederlassungsrechts in verschiedenen Staatengruppen, in: Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, Berlin und Tübingen 1962, S. 162 ff.

BECKER, Peter — Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften, Hamburg 1963

BERBER, Friederich — Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, München und Berlin 1960

BEUTLER, Wilhelm — Einführung in die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Aktionsprogramm der Kommission, S. 90 ff.

CES 234/63

v. BOECKH, Hans	Welche Änderungen wirtschaftspolitischer Daten wird der Gemeinsame Markt der Wirtschaft bringen? in: Recht der internationalen Wirtschaft, Bd. 3, 1957, S. 129 ff.
BRÄNDEL, Claus	Abschöpfung und Umsatzausgleichssteuer, Anmerkung zum Urteil des Finanzgerichts Bremen vom 9.4.1963 - II 5 - 6/63, in: AWD 1963, S. 281 ff.
BREYER, Martin	Gesetz über das Apothekenwesen, Kommentar, Köln, Berlin, München, Bonn 1961
BRÜHNEMANN, Bernt	Die Niederlassungsfreiheit von Versicherungsunternehmen im Gemeinsamen Markt, Veröffentlichung des Seminars für Versicherungs-Wirtschaft der Universität Hamburg und des versicherungswissenschaftlichen Vereins in Hamburg e. V., Heft 33, Karlsruhe 1967
BÜLCK, Hartwig	Zur Systematik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 3, 1959, S. 66 ff.
BÜLOW, Erich	Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht, in: 29. Beiheft der ZHR, Stuttgart 1965, S. 28 ff.
CARSTENS, Karl	Der Rang europäischer Verordnungen gegenüber deutschen Rechtsnormen, in: Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964, S. 65 ff.
CARTOU, Louis	Der Gemeinsame Markt und das öffentliche Recht (Deutsche Übersetzung), Baden-Baden, Bonn 1961
CATALANO, Nicola	La Comunit à Economica Europea e l' Euratom, 2. Aufl., Mailand 1959
ders.	La Communauté Economique Européenne et l' unification, le rapprochement et l' harmonisation des droits des Etats Membres, in: Revue internationale de droit comparé 1961
ders.	Manuel de Droit des Communautés Européennes, 2. Aufl. 1964
CHESNE, Guy	L'établissement des étrangers en France et la Communauté Economique Européenne, Paris 1962

COLIN, Jean-Pierre	Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes, Paris 1966
CONSTANTINESCO, Leontin	Die Eigentümlichkeiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: JuS 1965, S. 293 ff. und S. 340 ff.
DAHM, Georg	Völkerrecht, Bd. I, Stuttgart 1958, Völkerrecht, Bd.II, Stuttgart 1961
DAIG, Hans-Wolfram	Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft, in: AöR 1958, Bd. 83, S. 132 ff.
DERINGER, Arved	Europäisches Gemeinschaftsrecht. Die Entwicklung bis Oktober 1968, in: NJW 1968, S. 2181 ff.
ders.	Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts im Jahre 1966, in: NJW 1967, S. 482 ff.
DITTRICH, Stefan	Die neueste Entwicklung des Apothekenrechts, in: Pharm. Ztg. 1964, S. 867 ff. und S. 291 ff. und NJW 1964, S. 1049 ff.
EHLE, Dietrich	Verhältnis des europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht, in: NJW 1964, S. 2231 ff.
ders.	Vorlage an den EuGH gemäß Art. 177 EWG-Vertrag, in: NJW 1963, S. 733 ff.
ders.	Wirtschaftslenkung und Verfassungsrechtsschutz im Gemeinsamen Markt, in: AWD 1963, S. 157 ff.
ECKERT, Dieter	Die Angleichung des Lebensmittelrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: NJW 1967, S. 473 ff.
ERLER, Georg	Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, in: VVDStRL, Heft 18, S. 7 ff.
ESCHENBURG, Theodor	Staat und Gesellschaft in Deutschland, München 1963
EVERLING, Ulrich	Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, Berlin, Frankfurt 1963
ders.	Die Koordinierung der Wirtschaftspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als Rechtsproblem, in: Recht und Staat, Tübingen 1964

ders.	Regelung der selbständigen beruflichen Tätigkeiten im Gemeinsamen Markt, in: BB 1958, S. 817 ff.
ders.	Vorschlag der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Regelung des Niederlassungsrechts, in: BB 1960, S. 568 ff.
ders.	Die Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts, Vortrag, abgedruckt in: 29. Beiheft der ZHR, Stuttgart 1965, S. 60 ff.
FIKENTSCHER, Wolfgang	Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: WuW 1958, S. 257 ff.
FORSTHOFF, Ernst	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmidt, Berlin 1959, S. 35 ff.
ders.	Zur Problematik der Verfassungsauslegung, in: Res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 7, Stuttgart 1961
FRANCIS, E. K.	Artikel "Diskriminierung", in: Staatslexikon Bd. II, Freiburg 1958, Sp. 918 ff.
FREY, Emil	Zwei Probleme der Rechtsangleichung aus dem Niederlassungsrecht der Versicherungswirtschaft in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt a.M. 1966, S. 162 ff.
FRIESENHAHN, Ernst	Zur Neuordnung des Anwaltsrechts, in: NJW 1949, S. 701 ff.
FRIAUF, Karl Heinrich	Die Staatenvertretung in supranationalen Gemeinschaften, Marburg 1960
ders.	Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung im Recht der Westeuropäischen Gemeinschaften, in: AöR 1960 (Bd. 85), S. 224 ff.
FRÖHLICH, Stefan	Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und EFTA, Zürich 1965
FROWEIN, Jochen	Zum Verhältnis zwischen dem EWG-Recht und nationalem Recht aus der Sicht des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: AWD 1964, S. 233 ff.

FURLER, Hans	Grundfragen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Festvortrag auf dem 33. Deutschen Anwaltstag in Augsburg am 3. Juni 1965, in: NJW 1965, S. 1409
FUSS, Ernst-Werner	Die Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Gemeinschaften, in: DÖV 1964, S. 577 ff.
ders.	Die 'Richtlinie' des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: DVBl. 1965, S. 378 ff.
GAUDET, Michel	Rechtliche Aspekte der Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt (Deutsche Übersetzung), in: ZHR Bd. 124 (1961), S. 66 ff.
GESSLER, Ernst	Ziele und Methoden der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts der GmbH, Referat auf dem VII. Internationalen GmbH-Kongreß, in: Harmonisierung des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts der GmbH in Europa, Köln 1962, S. 9 ff.
GLAESNER, Hans Joachim	Übertragung rechtsetzender Gewalt auf internationale Organisationen in der völkerrechtlichen Praxis, in: DÖV 1959, S. 653 ff.
GÖTZ, Volkmar	Europäisches Gemeinschaftsrecht und Deutsches Recht, in: JZ 1963 (Bd. 18), S. 265 ff.
GRABITZ, Winfried	Das Dumping innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Diss.), Münster 1966
VON DER GROEBEN, Hans	Wettbewerbspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: WuW 1961, S. 374 ff.
ders.	Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt 1966, S. 233 ff.
VON DER GROEBEN, Hans v. BOECKH, Hans	Handbuch für Europäische Wirtschaft, Baden-Baden, Bonn 1963 Bd. I: Amtliche Erläuterungen der Bundesregierung zum EWG-Vertrag Bd. IV: Artt. 52 ff.
dies.	Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. I und II, Baden-Baden, Frankfurt, Bonn 1958 (zitiert: Kommentar Groeben/ Boeckh)

GROSSFELD, Bernhard	Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und nationales Recht, in: EuGHE X, S. 1251, JuS 1966, S. 347 ff.
GÜNTHER, Eberhard	Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages, Referat vor dem Walter-Emken-Institut, Freiburg i. Br. 7.12.1962, abgedr. in: WuW 1963, S. 191 ff.
HALLSTEIN, Walter	Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: RabelsZ 1964, S. 211 ff.
ders.	Über das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, (Einführung in den 7. Gesamtbericht am 18. 6. 1964 vor dem Europäischen Parlament), in: BB 1964, S. 854
ders.	Wirtschaftliche Integration als Faktor politischer Einigung, in: Festschrift für Alfred Müller-Armack 1961, S. 267 ff.
ders.	in: Stellungnahme des WSA zum Aktionsprogramm, S. 8 ff.
HAMANN, Andreas	Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Darmstadt 1961
ders.	Die Rechtsprechung zur Gewerbefreiheit, in: Betrieb, Beilage 19/62
HAMEL, Walter	Anmerkung zur BVerfGE v. 13. 2. 1964, in: NJW 1964, S. 1067 f.
HAUSSMANN, Frederick	Der Schuman-Plan im europäischen Zwielicht, München und Berlin 1952
HELDRICH, Andreas	Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Dissertation), Frankfurt, Berlin 1961
HERZOG, Roman	Nochmals: Verfassungsbeschwerde gegen Verletzungen der Menschenrechtskonvention?, in: DÖV 1960, S. 775 ff.
VON DER HEYDTE, Friedrich August Freiherr	Völkerrecht, Bd. I, Köln 1958

HOCHBAUM, M.	Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, in: Schriftenreihe zum Handbuch für Europäische Wirtschaft, Bd. 13, Baden-Baden, Bonn 1962
HOFFMANN, Heinrich	Gesetz über das Apothekenwesen, Kommentar zum Bundesapothekengesetz, München und Berlin 1961
IPSEN, Hans Peter	Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht, in: 29. Beiheft der ZHR, Stuttgart 1965, S. 1 ff.
ders.	Richtlinienergebnisse, in: Festschrift für C.F. Ophüls, Karlsruhe 1965, S. 67 ff.
JAENICKE, Günther	Bundesstaat oder Staatenbund, in: Festschrift für Carl Bilfinger, Köln und Berlin 1954, S. 71 ff.
ders.	Der übernationale Charakter der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: ZaöRV 1958, (Bd. 19), S. 153 ff. (Festgabe für Alexander N. Makarov)
ders.	Diskriminierung, in: STRUPP / SCHLOCHAUER, Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Aufl. Berlin 1960, Bd. I, S. 386 ff.
KAISER, Josef H.	Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, (Referat auf der Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer in Kiel 1964), in: VVDStRL 23, S. 1 ff.
KELSEN, Hans	Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl., Tübingen 1928
KLEIN, Karl Heinz	Die Übertragung von Hoheitsrechten, Berlin 1952
KLEINRAHM, Kurt	Bedürfnisprüfung und GG, Zur Problematik des Art. 12 GG in: Deutsche Verwaltung, 1949, 537 ff.
KOBBERT, Ernst	Mittelfristige Wirtschaftspolitik - eine neue Phase der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Europa-Archiv 1965, 20. Jahrgang, 4. Folge, S. 127 ff.

KRAUS, Herbert	Ergänzende Äußerung zu dem Rechtsgutachten vom 20. 5. 1952 über die parlamentarische Behandlung von verfassungsändernden Zustimmungsgesetzen zu den völkerrechtlichen Verträgen vom 24. Juni 1952, in: Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. 2, 2. Halbbd., München 1963, S. 836 ff.
KREPLIN, Joachim	Die Richtlinie als Instrument zur Rechtsangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag, in: NJW 1965, S. 467 ff.
KRÜGER, Herbert	Über die Herkunft der Gewalt der Staaten und der sogenannten supranationalen Organisationen, in: DÖV 1959, S. 653 ff.
KÜCHENHOFF, Dietrich	Grundrecht und Europäisches Staatengemeinschaftsrecht, in: DÖV 1963, S. 161 ff.
LEIBHOLZ, G./ RINCK, H.J./ HELBERG, K	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Köln 1966
LOCHNER, Norbert	Was bedeuten die Begriffe Harmonisierung, Koordinierung und Gemeinsame Politik in den Europäischen Verträgen? in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 118, Tübingen (1962), S. 35 ff.
LUTTER, Marcus	Die Angleichung des Gesellschaftsrechts nach dem EWG-Vertrag, in: NJW 1966, S. 273 ff.
v. MANGOLDT, Hermann	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar zum GG, Berlin und Frankfurt 1953
MARJOLIN	Referat vor dem WSA, in: Stellungnahme zu dem Memorandum der Kommission über das Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die zweite Stufe, Januar 1964, CES 234/63, S. 37 ff.
MAUNZ, Theodor	Verfassungsrechtliche Grundlagen der deutsch-alliierten Verträge (Gutachten), in: Der Kampf um den Wehrbeitrag Bd. 2, 2. Halbbd., München 1953 S. 511 ff.
MAUNZ, Theodor/ DÜRIG, Günther/ HERZOG, Roman	Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, Lieferung 9, München und Berlin 1969
von MEIBOM, H.	Die Rechtsetzung durch die Organe der Europäischen Gemeinschaften, in: BB 1959, S. 127 ff.

MENGER, Christian-Friedrich	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.-Arch. 1965, Bd. 56, S. 81 ff.
MENZEL, Eberhard	Völkerrecht, München und Berlin 1962
MESTMÄCKER, Ernst-Joachim	Wirtschaftliche Diskriminierung zwischen Unternehmen, in: Staatslexikon (Herder), Frbg. 1958, Bd. II Sp. 920 ff.
ders.	Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb, in: WuW 1957, S. 21 ff.
ders.	Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 345 ff.
ders.	Parallele Geltung von Verbotsnormen des deutschen und des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1968, S. 1297 ff.
MEYER-SOLDING, Wilfen	Die europäische Integration als geistiger Entwicklungsprozeß, nachgedruckt, in: AVR Bd. 10, Tübingen 1962/63, S. 42 ff.
MEYER-LINDENBERG, Hermann	Die Menschenrechte im Völkerrecht, in: Berichte DGVR, Heft 4, Karlsruhe 1961, S. 84 ff.
MÖHRING, Philipp	Aktuelle Wirkungen des EWG-Vertrages auf das Kartellrecht, das Niederlassungsrecht, den Dienstleistungsverkehr und das Agrarrecht, in: NJW 1965, S. 1633 ff.
ders.	Rechtsvereinheitlichung und Rechtsgarantien im EWG-Bereich, in: NJW 1965, S. 2225
MONACO, Riccardo	Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché Commun Européen, in: Revue internationale de droit comparé 1960, S. 61 ff.
ders.	Régle de droit communautaire et régle de droit interne, Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964, S. 27 ff.
MOSLER, Hermann	Die Entstehung des Modells supranationaler und gewaltentragender Staatenverbindungen in den Verhandlungen über den Schuman-Plan, in: Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt 1966, S. 355 ff.

MÜLLER-ARMACK, Alfred	Festansprache auf dem VII. internationalen GmbH-Kongreß in Köln 1962, in: Harmonisierung des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts der GmbH in Europa, Köln 1962, S. 4 ff.
MÜNCH, Fritz	Die Abgrenzung des Rechtsbereichs der supranationalen Gemeinschaft gegenüber dem innerstaatlichen Recht, in: Berichte DGVR, Heft 2, Karlsruhe 1958, S. 73 ff.
MUCH, Walter	Die Amtshaftung im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, (Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht), Frankfurt 1952
NICOLAYSEN, Gert	Niederlassungsrecht und Rechtsangleichung, in: Aktuelle Fragen des Gemeinschaftsrechts, 29. Beiheft der ZHR, Stuttgart 1965, S. 91 ff.
ders.	Niederlassungsrecht und freier Dienstleistungsverkehr, in: NJW 1964, S. 966 ff.
NIPPERDEY, Hans/ ADOMEIT, Klaus	Die Berufsfreiheit als ein Grundelement der sozialen Marktwirtschaft, Zur Einzelhandelsentscheidung des BVerfG's, in: BB 66, 417 ff.
NIPPERDEY, Hans/ WIESE, Günther	Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrechte, Bd. IV, 2. Halbbd., Berlin 1962, S. 741 ff.
NIPPERDEY, Hans	Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz (Kartellrundschau, Heft 2) 3. neubearb. Aufl. Köln, Berlin, München, Bonn 1965
N. N.	La Pharmacie dans le Marché Commun, in: Bulletin mensuel d'information, Communauté Européenne, Paris 1961
N. N.	Der Gemeinsame Markt, (Schriftenreihe zum Handbuch für Europäische Wirtschaft, Heft 1, Erläuterungen der Bundesregierung), Baden-Baden 1963
OPHÜLS, C. F.	Deutsches Zustimmungsgesetz zum EWG,Vertrag teilweise verfassungswidrig?, in: AWD 1964, S. 65 ff.
ders.	Die Geltungsnormen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964, S. 1 ff.

OPHÜLS, C. F.	Grundzüge der europäischen Wirtschaftsverfassung, in: ZHR 124 (1962), S. 136 ff.
ders.	Quellen und Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: NJW 1963, S. 1697 ff.
OPPERMANN, Thomas	Die Durchführung der EWG-Niederlassungs- und Dienstleistungsprogramme seit 1961, in: BB 1964, S. 563 ff.
OULÈS, Firmin	Les Raisons de la planification économique au niveau européen, in: Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964, S. 111 ff.
PESCATORE, M. P.	Les aspects fonctionnels de la Communauté Economique Européenne, notamment les sources du droit, in: Les aspects juridiques du Marché Commun, Lüttich 1958
PHILIPPS, Günther	Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung (Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Nr. 25), Frankfurt, Berlin 1965
PLATZ	EWG-Niederlassungsrecht und individuelle Rechtspositionen, in: Heft 45 der Beiträge zum ausl. öffentl. Recht und Rechtsvergleichung 1965, S. 152 ff.
PRAASCH, Gerhard	Die unmittelbare Wirkung des EWG-Vertrages auf die Wirtschaftsunternehmen, Baden-Baden, 1966
QUADRI, Rolando/ MONACO, Riccardo/ TRABUCCHI, Alberto	Trattato istitutario della Communitá Economica Europea, Commentario, I + II, Milano 1965
RABE, Hans-Jürgen	Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Hamburg 1963
REUSS, Wilhelm	Das BVerfG zur HandwO, in: DVBl. 1961, S. 865 ff.
ders.	Die Verfassungswidrigkeit von Bestimmungen des Einzelhandelsgesetzes, in: DVBl. 1966, S. 197 ff.

RUEFF, Jacques	Le concept du Marché Commun selon la Jurispudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, in: Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964, S. 99 ff.
RUGGIERO/ DE DOMINICIS	Commentario Trattato Istitutivo della Communità Economica Europea
RUPP, Hans Heinrich	Das Grundrecht der Berufsfreiheit, Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG's, in: NJW 1965, S. 993 ff.
ders.	Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG's, in: Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 92, 1967, S. 212 ff.
SALMON, Alain	L'application en France des Directives de la CEE, in: RMC 1965, S. 165 ff.
SANNWLD, Rolf/ STOHLER, Jacques	Wirtschaftliche Integration, Basel, Tübingen 1961
SCHAUMANN, Wilfried	Diskriminierung, in: Staatslexikon 6. Aufl., 1958 Freiburg, Sp. 922 ff.
SCHEUNER, Ulrich	Beitritt der Bundesrepublik zur europäischen Verteidigungsgemeinschaft und das Grundgesetz, (Gutachten), in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. 2, 2. Halbbd., München 1953, S. 94 ff.
ders.	Die Rechtsetzungsbefugnis internationaler Gemeinschaften, in: Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdroß, Wien 1960, S. 229 ff.
SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen	Zur Frage der Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, in: Festschrift für Hans Wehberg, Frankfurt 1956, S. 361 ff.
ders.	Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor, in: Festschrift für W. Hallstein, S. 431 ff.
SCHMIDT, Reimer	Zu den rechtlichen Grundfragen des Gemeinsamen Marktes, (Vortrag), abgedruckt in: Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Heft 52/53, Karlsruhe 1962
SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/ KLEIN, Franz	Kommentar zum Grundgesetz für die BRD, Neuwied u. Berlin 1967

SCHMÖCKER, Sebastian	Das vertragswidrige Gesetz, in: DVBl. 1958, S. 410 ff.
STEIN, Adolf	Grenzen der Klagebefugnis vor dem Gerichtshof der Montanunion, in: ZaöRV Bd. 16, (1955/56), S. 227 ff.
STACHELS, Rainer	Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und nationaler Gerichte zum EWG-Vertrag, in: JR 1965, S. 294 ff.
STEINDORFF, Ernst	Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1964
STRAUSS, Walter	Fragen der Rechtsangleichung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften, in: Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht Bd. 9, Frankfurt 1959
THIEME, Werner	Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, Mitbericht in: VVDStRL, Heft 18, Berlin 1960, S. 50 ff.
TOMUSCHAT, Christian	Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften, (Beiträge zum ausl. öffentl. Recht und VR, Bd. 42) Köln und Berlin 1964
UBER, Giesbert	Freiheit des Berufs, Art. 12 des Grundgesetzes, Hamburg 1952
VERDROSS, Alfred	Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964
ders.	Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1929
VER LOREN VAN THEMAAT, Pieter	Probleme der Rechtsangleichung im Gemeinsamen Markt, in: BB 1962, S. 1131 ff.
WAGNER, Heinz	Grundbegriffe des Beschlußrechts der Europäischen Gemeinschaften, Köln, Berlin, München, Bonn 1965
WENNER, Wolfgang	Zur Auslegung des EWG-Vertrages, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 19. 12. 1961, Rechtssache 7/61, in: AWD 1962, S. 110 ff.
WOHLFAHRT, Ernst	Anfänge einer europäischen Rechtsordnung und ihr Verhältnis zum deutschen Recht, in: JurJb., Bd. 3, (1962/63), S. 241 ff.

WOHLFAHRT, Ernst	Rechtsgrundlagen und Rechtsprobleme der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Steuer und Recht Nr. 5, Herne 1960, S. 247 ff.
ders.	Von der Befugnis der Organe der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zur Rechtsetzung, in: JIR, Bd. 9, (1960/61), S. 12 ff.
WOHLFAHRT, Ernst/ EVERLING, Ulrich/ GLAESNER, Hans/ SPRUNG, Joachim	Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, Berlin, Frankfurt 1960
ZULEEG, Manfred	Bericht über den Dritten internationalen Kongreß über Europarecht in Paris, in: DVBl. 1966, 679 ff.
ZWEIGERT, Konrad	Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: RabelsZ, 28. Jahrgang 1964, Heft 4, S. 601 ff.
ders.	Grundsatzfragen der Europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung, in: Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, S. 401 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Amtsbl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Aktionsprogramm der Kommission für die 2. Stufe
AVR	Archiv für Völkerrecht
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
Beiheft ZHR	Beihefte der Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Konkursrecht
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Berichte DGVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BStBl.	Bundessteuerblatt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EP	Europäisches Parlament (Sitzungsdokumente, Jahreszahl, Seite)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGH Rspr.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
Gesamtbericht	Gesamtbericht der EWG-Kommission über die Tätigkeit der Gemeinschaft
JIR	Jahrbuch für internationales Recht
JR	Juristische Rundschau
JurJb.	Juristen - Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RMC	Revue du Marché Commun
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuß der EWG
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Konkursrecht

A. Problemstellung

Elf Jahre sind seit dem Inkrafttreten des Vertrages über die Errichtung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft[1] vergangen; der Gemeinsame Markt, das Endziel des Vertrages, ist bereits in vielen Bereichen der Wirtschaft Wirklichkeit geworden. In zähen Verhandlungen sind u. a. die Voraussetzungen für einen einheitlichen Agrarmarkt geschaffen worden[2]. Die Zollunion wurde nach stufenweisem Abbau der Zölle am 1. 7. 1968 vollendet; seither bestehen keine Binnenzölle mehr für gewerbliche Erzeugnisse[3].

Allerdings konnte der wirtschaftliche Zusammenschluß der sechs Partnerstaaten in den ersten elf Jahren der Übergangszeit nicht in dem Maße erreicht werden, wie es der Vertrag von Rom vorsieht. Offensichtlich ist die Zeitfolge für die einzelnen Übergangsmaßnahmen zu knapp bemessen gewesen[4].

Im Bereich des Niederlassungsrechts der freien Berufe, Art. 52 ff. EWGV [5], einer der vier Freiheiten des Vertrages [6], hätten die Arbeiten nach dem im Vertrag

---

1) Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. 3. 1957 (EWGV), BGBl. 1967 II S. 766.

2) Vergl. Berichte von NICOLAYSEN in NJW 1965, 1953 ff und DERINGER, NJW 1967, 482 ff (483) und NJW 1968, 2181 ff.

3) DERINGER, NJW 1967, 484.

4) OPPERMANN, BB 1964, 563

5) Alle im folgenden erwähnten Artikel ohne nähere Bezeichnung sind Bestimmungen des EWG-Vertrages; die für diese Arbeit einschlägigen Vorschriften sind im Anhang der Arbeit wiedergegeben.

6) VON DER GROEBEN-BOECKH Bd. I, Einl. S. XVI.

vorgesehenen Plan schneller vorangehen müssen. Nach Art. 52 soll das Niederlassungsrecht spätestens bis zum Ende der Übergangszeit, das ist der 31. 12. 1969[1], verwirklicht sein.

Zwar erliess der Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft [2] am 18. Dezember 1961 termingerecht das Allgemeine Programm, das der Vertrag für die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts vorsieht, Art. 54 Abs. 1 [3]; jedoch gingen die Arbeiten der Gemeinschaftsorgane in der Folgezeit nur langsam voran. Darüber kann auch die Fülle von Richtlinien des Rates und Richtlinien-Vorschlägen der Kommission [4] nicht hinwegtäuschen, die seit 1963 vom Rat erlassen oder ihm vorgelegt wurden. Mit dem Herannahen des Endes der Übergangszeit wächst deshalb die Verpflichtung der Gemeinschaftsorgane, die erforderlichen Maßnahmen zur Herstellung der Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt zu treffen.

---

1) Vgl. Art. 8 Abs. 1: Die Übergangszeit beträgt 12 Jahre.

2) Nach dem Fusionsvertrag über die Schaffung einheitlicher Organe für alle drei Europäischen Gemeinschaften schlicht "Rat der Europäischen Gemeinschaften" genannt, vgl. NICOLAYSEN NJW 65, 1653 ff

3) Amtsbl. Nr. 2-62 S. 36 ff: "Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit".

4) Vgl. dazu die Übersicht bei PLATZ, Individuelle Rechtspositionen, Anhang S. 160 und Amtsblatt 66, 1261 ff (Antwort der Kommission auf die Anfrage des Abgeordneten Kriedemann), sowie die erschöpfende Aufstellung der 18 bereits erlassenen Richtlinien auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts im ersten Gesamtbericht der Gemeinschaften 1967 S. 85 Ziff. 81 (dazu kommen noch 13 dem Rat vorliegende Richtlinien-Vorschläge sowie 33 bei der Kommission in Vorbereitung befindliche Vorschläge).

Das Verfahren legt Art. 57 fest: Der Rat erläßt auf Vorschlag der Kommission Richtlinien; diese verpflichten die Mitgliedstaaten zum Abbau der Ausländerdiskriminierungen oder zur Angleichung ihres Berufsrechts.

Die Verschiedenartigkeit des in den sechs Mitgliedstaaten geltenden Berufsrechts erschwert und verzögert den Erlass derartiger Richtlinien [1]. Bei den Heilberufen (Ärzte, Heilpraktiker und Apotheker) hemmt darüber hinaus ein im Vertrag vorgesehenes besonderes Verfahren den zügigen Abbau der Ausländerdiskriminierungen:

Bevor die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gegenüber Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten auch in diesen Berufssparten aufgehoben werden können, müssen die betreffenden staatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften einander angeglichen werden. Dieses Junktim [2] haben die vertragsschließenden Staaten in den Vertrag aufgenommen, um sicherzustellen, daß ein möglichst gleiches Rechtsniveau im Berufsrecht aller Mitgliedstaaten besteht, bevor anderen Staatsangehörigen das Recht zur Niederlassung gewährt wird. Andernfalls könnten Angehörige eines Staates mit restriktivem Berufsrecht allzu leicht versucht sein, in Staaten mit liberaler Regelung abzuwandern [3]; es entstünde also ein unerwünschtes "rechtliches Gefälle".

Bislang hat der Rat der Gemeinschaften noch keine Richtlinie zur Rechtsangleichung nach Art. 57 Abs. 3

---

1) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 12o.

2) Ausdruck entnommen bei EVERLING, Niederlassungsrecht S. 118.

3) EVERLING, BB 58, S. 857.

erlassen; es liegt auch noch kein Vorschlag der Kommission vor, obwohl sie ihn bereits 1966 angekündigt hatte und nach dem Zeitplan des Allgemeinen Programms spätestens mit Ablauf des Jahres 1967 die Rechtsangleichung hätte abgeschlossen sein müssen[1]. Es sind zwar acht Richtlinien-Vorschläge bei der Kommission in Vorbereitung; sie betreffen jedoch den Abbau der Diskriminierungen gem. Art. 54,68 (Allgemeines Programm)[2], stellen daher keine reinen Koordinierungs-Richtlinien dar. Rechtsangleichungsrichtlinien gem. Art. 57 sind nur für andere, nicht in Art. 57 Abs. 3 genannte Tätigkeiten z.Zt. in Vorbereitung[3].

Das hat zum Teil einen rein technischen Grund: die Kommission verfügt nicht über genügend Personal, um Vorschläge ausarbeiten zu lassen[4]. Die Vorarbeiten begannen zwar schon 1961 mit der Einsetzung einer Arbeitsgruppe für den Apothekerberuf[5], konnten aber wegen des unzureichenden Personalbestandes nicht schneller vorangetrieben werden. Offensichtlich erledigte die Kommission daher zunächst solche Arbeiten

---

1) Antwort der Kommission auf Anfrage des Abgeordneten KRIEDEMANN, Amtsbl. 66, 1122 ff. (1124 Ziff. 6)und Amtsbl. 2/62 S. 44 Anlage III Gruppe 612/6122, OPPERMANN, BB 1964 S. 563 (567).

2) Vgl. die Aufstellung im 8. Gesamtbericht, S. 5o ff.

3) Erster Gesamtbericht der Gemeinschaften 1967 S. 87, Tabelle Ziff. 7 b (Ärzte, Apotheker, Zahnärzte, Tierärzte, Optiker, Krankenschwestern, Hebammen, Masseure und Kinesiotherapeuten). Erste Koordinierungsrichtlinie für Architekten: Amtsbl. Nr. 239 (4. 1o. 1967).

4) Erster Gesamtbericht der Gemeinschaften 1967 Ziff. 85, Tabelle II, 2.

5) Entschließung des Europäischen Parlaments, Amtsbl. 67/II 967.

im Niederlassungsrecht, die zur Förderung des Gemeinsamen Marktes unumgänglich notwendig waren, wie z.B. die Aufhebung von Diskriminierungen im Recht des Handels [1].

Ein weiterer und wichtiger Grund für die Verzögerung der Arbeiten besteht darin, daß die Gemeinschaftsorgane bei einer Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Heilberufe angesichts der verschiedenartigen Regelungen in den Mitgliedstaaten vor fast unüberwindbaren Schwierigkeiten stehen [2].

Im Apothekenrecht besteht z.B. folgende Situation: In Belgien, den Niederlanden und der Bundesrepublik genießt der Apotheker das Recht der unbeschränkten Niederlassungsfreiheit [3], während er sich in Luxemburg, Italien und Frankreich einer verwaltungsrechtlichen Prüfung unter dem Gesichtspunkt der numerus clausus oder der geografischen Verteilung ("répartition géographique") gegenüber-sieht [4].

---

1) Kommission, Amtsbl. 66, 1122 4. Art. 54 Abs. 3 lit. a legt das Schwergewicht ausdrücklich auf Tätigkeiten, die für Produktion und Handel bedeutsam sind.

2) EVERLING, Niederlassungsrecht S 12o; OPPERMANN, BB 1964 S. 563.

3) Belgien: LOIS vom 12. 3. 1818 und 13. 2. 1933 sowie vom 31. 12., 19. 9., 31. 5. 1885 u. 13.2.1933.

Deutschland: Art. 12 Grundgesetz, § 1 Bundesapothekengesetz vom 1. 1o. 1961 (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 7 S. 377 ff).

Niederlande: Wetten vom 25. 12. 1878, STB. 222 und 28. 7. 1958, STB 1958, 4o8.

4) Frankreich: Code de la Santé Publique, Artt. 511 ff., 588 ff.

Italien: Testo unico delle legge sanitarie vom 23. 6. 19o1 Nr. 1265.

Luxemburg: Loi vom 1o. 7. 19o1.

Weitere Schwierigkeiten bereiten die unterschiedlichen Regelungen des Abgabemonopols für Arzneien, des Eigentums an Apotheken und der Existenz verschiedener öffentlich- rechtlicher und privater Berufsorganisationen und deren Disziplinargewalt [1].

Bei allen in Art. 57 Abs. 3 erwähnten Heilberufen stellt sich zusätzlich das Problem, unter welchen Voraussetzungen Diplome, Zeugnisse und andere Befähigungsnachweise gegenseitig anerkannt werden sollen. Eine Voraussetzung ist zumindest die Gleichwertigkeit der Ausbildung [2]; man muß z.B. das Studium akademischer Berufe angleichen, ehe die Abschlußprüfungen gegenseitig anerkannt werden können [3].

Nicht nur bei den Heilberufen ist die Koordinierung des Berufsrechts problematisch; auch die Rechte der übrigen freien Berufe weisen erhebliche Unterschiede auf und bereiten deshalb Schwierigkeiten bei der Koordinierung. In Italien kann sich z.B. jemand nur dann als Einzelhändler niederlassen, wenn ein öffentliches Bedürfnis dazu vorliegt, während die Wahl dieses Berufes in den übrigen Mitgliedstaaten keinen objektiven Zulassungsbeschränkungen unterliegt [4].

Ohne Anpassung der einzelstaatlichen Regelungen würde diese Situation spätestens 197o dazu führen, daß Bürger der übrigen Partnerstaaten sich nur dann in Italien als Einzelhändler niederlassen könnten, wenn

---

1) "La pharmacie dans le Marché Commun" S. 6

2) EVERLING, BB 1958 S. 857 ff (863).

3) "La pharmacie dans le Marché Commun" S. 7

4) EVERLING, Beiheft Nr. 29 ZHR, S. 69 Anm. 29.

die italienischen Behörden ein öffentliches Bedürfnis für die Niederlassung bejahten. Dagegen könnten die italienischen Interessenten ohne vorherige behördliche Bedürfnisprüfung in den Partnerstaaten Italiens Einzelhändler werden, weil nach dem Ende der Übergangszeit Beschränkungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht mehr zulässig sind, Art. 52; die anderen Mitgliedstaaten dürften also keine nur für Italiener geltende Berufssperre ergehen lassen.

Das Problem der Koordinierung des Einzelhandelsrechts würde sich lösen lassen, wenn Italien auf das Erfordernis der Bedürfnisprüfung verzichtete und sein Berufsrecht insoweit dem der Partnerstaaten angliche. Einem entsprechenden Richtlinienvorschlag der Kommission nach Art. 57 Abs. 2 würde voraussichtlich das italienische Ratsmitglied mit der Begründung widersprechen, der in Italien so beliebte Beruf des Einzelhändlers könne nur mit Hilfe objektiver Zulassungsbedingungen kontrolliert werden [1].

Eine unbeschränkte Zulassung in Italien lediglich für Ausländer wäre ebenfalls unzulässig, da dann die italienischen Staatsangehörigen schlechter gestellt würden als die Bürger der anderen Mitgliedsstaaten. Auch die eigenen Staatsangehörigen darf ein Mitgliedsstaat nicht diskriminieren, Art. 7 [2].

Für die Lösung, daß alle Mitgliedsstaaten eine Bedürfnisprüfung in ihr Recht aufnehmen, besteht gleichfalls wenig Aussicht, weil das deutsche Ratsmitglied

---

1) EVERLING, Beiheft 29 ZHR 69

2) Allgemein anerkannt, vgl. WOHLFAHRT in Kommentar WOHLFAHRT-EVERLING-GLAESNER-SPRUNG, Anm. 5 zu Art. 7; von BOECHK im Kommentar GROEBEN-BOECKH Anm. 4 a zu Art. 7.
Der Fall dürfte selten sein, denkbar wäre aber, daß ein Mitgliedsstaat auf diese Weise Arbeitskräfte aus anderen Partnerstaaten anzulocken versucht.

mit Rücksicht auf Art. 12 Grundgesetz einer derartigen Richtlinie kaum zustimmen dürfte.

Art. 57 schreibt jedoch die Koordinierung der Berufsregelungen zwingend vor, bevor mit dem Abbau der Ausländerbeschränkungen begonnen wird. Folglich muß eine Form der Rechtsangleichung gefunden werden, die für alle Marktbürger [1] gleiche Bedingungen schafft.

Im folgenden soll daher untersucht werden, welche Möglichkeiten einer Koordinierung Art. 57 eröffnet. Dabei fragt sich, ob es zulässig ist, wenigstens Teilgebiete des Berufsrechts auf restriktiver Grundlage anzugleichen, oder welche Bedenken sich gegen eine "Verschärfung" des Niederlassungsrechts in der EWG ergeben.

Schließlich wird darauf einzugehen sein, ob der Rat - einen entsprechenden Vorschlag der Kommission und die Zustimmung des deutschen Ratsmitgliedes unterstellt - eine Richtlinie erlassen darf, die Art. 12 Grundgesetz widerspricht, weil sie der Bundesrepublik vorschreibt, in ihre Berufsregelungen objektive Zulassungsbedingungen aufzunehmen [2]. Ggfls. muß weiter untersucht werden, was gegen eine derartige Richtlinie unternommen werden kann und ob die innerstaatlichen Stellen verpflichtet sind, sie auszuführen.

---

1) Begriff entnommen bei NICOLAYSEN, Beiheft 29 ZHR S. 91

2) Seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 377) sind objektive Zulassungsbedingungen im Berufsrecht in der Regel unzulässig. Auf die Rechtsprechung und Lehrmeinung zu Art. 12 GG wird noch später einzugehen sein (Vgl. unten S. 66 ff). Über mögliche Grundrechtsverletzungen durch Gemeinschaftsorgane vgl. VON DER GROEBEN, Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, HALLSTEIN-Festschrift S. 226 ff. (229).

B. 1. Abschnitt

Niederlassungsfreiheit für die Angehörigen der freien Berufe nach dem EWG-Vertrag

Bis zum Ende der Übergangszeit, die 12 -im Höchstfall 15-Jahre dauern wird, Art. 8, sollen nach Art. 52 alle Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen abgebaut sein. Mit Ablauf des Jahres 1969 werden nach dem Willen der Vertragsschließenden in keinem Staat der Gemeinschaft mehr Niederlassungsbeschränkungen für die Bürger der Partnerstaaten bestehen, es sei denn, sie gelten für alle Marktbürger gleichermaßen.

Ein Verbot diskriminierenden Verhaltens [1] spricht bereits Art. 7 aus; danach ist jede unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit unzulässig.

---

1) Der Begriff der "Diskriminierung" (englisch und französisch: "discrimination") bedeutet seinem Wortgehalt nach nicht mehr, als daß eine Unterscheidung getroffen wird (vgl. JAENICKE in Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts Bd. I S. 387). Im amerikanischen Wettbewerbsrecht erlangte der Begriff die Bedeutung einer ungerechten oder unerlaubten Unterscheidung bei gleicher Sachlage. Seinen Ursprung hat er im Recht der Transport- und Versorgungsunternehmen der Vereinigten Staaten, die ihren Kunden unter gleichen Voraussetzungen gleiche Beförderungs- und Versorgungsbedingungen zu gewähren hatten (MESTMÄCKER, HerdersStaatslexikon Bd. II., "Diskriminierung" Nr. 3; JAENICKE, Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I S. 388). Später wurde die Gesetzgebung ausgedehnt und allgemein das gleichzeitige Fordern verschiedener Preise für dieselbe wirtschaftliche Leistung aus geografischen, personellen oder anderen Gründen heraus verboten, wenn nicht Kostenunterschiede die Diskriminierung rechtfertigten (vgl. GRABITZ, Dumping innerhalb der EWG, S. 8 Anm. 2; FIKENTSCHER, WuW 58, 257.; MESTMÄCKER, WuW 57, S. 23 ff).

(Fortsetzung S. 1o)

Art. 7 EWGV enthält allerdings im Gegensatz zu Art. 4 b des MUV kein allgemeines Diskriminierungsverbot, läßt also Diskriminierungen, die nicht auf Grund der Staatsangehörigkeit geschehen, zu [1]. So steht es z.B. einem Unternehmer frei, ob und mit wem er kontrahieren will; dabei können mannigfaltige wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle spielen, so daß sich eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit mit derartigen Argumenten "rechtfertigen" liesse [2]. Darin liegt ein Mangel der Diskriminierungsvorschrift des Art. 7 EWGV.

Wie Abs. 1 der Vorschrift ausdrücklich hervorhebt, gilt Art. 7 nur "unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages". Enthält der Vertrag, wie in den Art. 52 ff, eine spezielle Ausgestaltung des Art. 7 niedergelegten Grundsatzes, so wird Art. 7 verdrängt [3]. Er hat daher im wesentlichen Grundsatzcharakter [4], und zwar insoweit, als das Diskriminierungsverbot sich an die Staaten

---

(Fortsetzung v. S. 9)

Im Fremdenrecht bedeutet Diskriminierung, daß ein Gastland fremden Staatsangehörigen ungünstigere Bedingungen im wirtschaftlichen und sozialen Bereich bietet als den eigenen Staatsangehörigen (vgl. SCHAUMANN, Herders Staatslexikon, Diskriminierung Ziff. 4, Sp. 922). Diese Bedeutung liegt auch dem Diskriminierungsbegriff des Art. 7 EWGV zugrunde (vgl. WOHLFARHT in WOHLFAHRT-EVERLING-GLAESNER-SPRUNG Anm. 3 zu Art. 7 EWGV.)

1) Kommentar WOHLFAHRT, Anm. 13zu Art. 7

2) Vgl. Anm. 1)

3) EVERLING in Kommentar WOHLFAHRT-EVERLING-GLAESNER-SPRUNG Anm. 2 zu Art. 52; BRÜHNEMANN, Niederlassungsfreiheit von Versicherungsunternehmen im Gemeinsamen Markt, S. 37.

4) Kommentar WOHLFAHRT, Anm. 11 zu Art. 7; MESTMÄCKER, Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Festschrift F. BÖHM, 1965 S. 345 (355).

richtet; soweit auch Privatpersonen und Unternehmer angesprochen werden, bleibt die Vorschrift neben Art. 52 ff anwendbar [1].

§ 1: Aufhebung der Ausländerdiskriminierungen

In Art. 52 Abs. 2 gibt der Vertrag eine Definition des Begriffs Niederlassungsfreiheit [2]; er umfaßt die "Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen". Da Art. 58 ff. die Gleichstellung der Arbeitnehmer , also der unselbständig Tätigen regeln, fällt unter die Bestimmungen in Art. 52 ff. nur die Gruppe der freiberuflich Tätigen, Dazu zählen alle unabhängigen Beschäftigungen, mit denen natürliche Personen einem Erwerb nachgehen. Ein Gewinnstreben ist nicht erforderlich; jedoch entfallen Gelegenheitsbeschäftigungen oder unentgeltliche Tätigkeiten karitativer oder kultureller Art [3].

Die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit sollen keine allgemeine Gewerbsfreiheit für die genannten Berufe schaffen [4],

---

1) MESTMÄCKER, Festschrift Böhm S. 356; EHRING in Kommentar GROEBEN-BOECKH Anm. 1 zu Art. 7

2) In Abs. 1 heißt es "freie Niederlassung", vgl. Vertragstext im Anhang dieser Arbeit, während die übrigen drei Texte übereinstimmend auch dort das Synonym für "Niederlassungsfreiheit" benutzen.

3) EVERLING, BB 1958 S. 858

4) Diese Annahme liegt nach dem Wortsinn des Begriffs Niederlassungsfreiheit zunächst nahe. Die Wortwahl des Vertrages ist jedoch irreführend. AUDINET, Jornal du droit international Bd. 86 (1959 S. 982 ff.) 996, bezeichnet sie als "expression malheureuse"; vgl. auch EVERLING, Aktuelle Fragen, Beiheft 29 ZHR S. 66 und NICOLAYSEN, ebenda S. 101.

sondern zunächst nur die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates in einem anderen Mitgliedstaat sicherstellen [1]. Die vom Vertrag angestrebte Niederlassungsfreiheit kann man folglich schlagwortartig als das "wirtschaftliche Heimatrecht im Gemeinsamen Markt" [2] kennzeichnen. Leitgedanke für die Aufnahme des Kapitels Niederlassungsrecht in den Vertrag war die "Faktormobilität [3]:
Nach dem Willen der Vertragsschließenden soll innerhalb des EWG-Bereichs jeder Selbständige dort tätig sein können, wo er die günstigsten wirtschaftlichen Bedingungen vorfindet [4]. Nur dann wird die Produktivität ihren Höchststand erreichen und zu einer Anhebung des Lebensstandards - einem Hauptziel des Vertrages (vergl. PRÄAMBEL und Art. 2 des Vertrages) - führen [5].

Diesem Ziel dient auch die Vorschrift des Art. 57 Abs. 1 . Sie sieht Richtlinien des Rates zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise vor, "um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern."

---

1) Handbuch für Europäische Wirtschaft Heft I, amtliche Erläuterungen zu Art. 52; GAUDET, ZHR 1961 (Bd . 124) S. 66 ff (69); EHRING in Kommentar GROEBEN-BOECKH-Vorbemerkung 1 zu Art. 52 ff.; RUGGIERO - DE DOMINICIS Anm. 8 zu Art. 52.

2) NICOLAYSEN aaO S. 107

3) EVERLING Aktuelle Fragen Beiheft 29 ZHR S. 66.

4) Vgl. Erläuterungen der Bundesregierung zum EWG-Vertrag in "Der Gemeinsame Markt", Schriftenreihe zum Handbuch für Europäische Wirtschaft, Heft 1, Vorbem. zu Art. 52 ff.; DAHM, Völkerrecht Bd. II S. 686; EVERLING in Kommentar WOHLFAHRT Vorbem. 1 zu Art. 52 ff.

5) Vgl. Art. 2 EWG-Vertrag und WOHLFAHRT in Komm. Wohlfahrt Anm. 1 d zu Art 2 und EVERLING, Anm. 4

Leitmotiv war hier, auch die "de-facto-Beschränkungen" für fremde Staatsangehörige abzubauen. Neben den typischen Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit gelten nämlich bestimmte Zulassungsvoraussetzungen zwar für In- und Ausländer in gleicher Weise; sie benachteiligen die Ausländer aber naturgemäß stärker (ein Beispiel ist das Erfordernis besonderer Sprachkenntnisse)[1)]

Auch Art. 57 Abs. 2 hat das Ziel, Ausländern die Wahl oder Ausübung eines Berufes zu erleichtern. Zu diesem Zweck erläßt der Rat Richtlinien zur Koordinierung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Regelungen für die freien Berufe treffen. In der Regel werden solche Normen anzugleichen sein, die sich unmittelbar mit der Wahl oder Ausübung eines Berufes befassen, also das eigentliche Berufs- und Gewerberecht[2)]. Andere Regelungen, die sich nur mittelbar auf das Niederlassungsrecht auswirken, fallen dann unter Art. 57, wenn sie die Aufnahme oder Ausübung des Berufs beeinflussen, d.h. wenn es sich um eine "versteckte" Niederlassungsregelung handelt, wie z.B. steuerliche Sonderbelastungen für Ausländer, Wartezeiten im Aufnahmeland, erforderlicher Nachweis einer praktischen Tätigkeit im Aufnahmestaat u.ä.[3)].

---

1) CHESNE, L'établissement des étrangers en France et la CEE (No. 279, p. 333) spricht von "véritables discriminations de fait". RUGGIERO-DE DOMINICIS, Commentario CEE, Anm. 11 zu Art. 52 EWG-V und Anm. 2 zu Art. 53, sprechen von "discriminazioni occulte".

2) NICOLAYSEN, Beiheft 29 ZHR S. 99.

3) FRÖHLICH, Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in EWG und EFTA S. 47.

Wenn das Koordinierungsverfahren abgeschlossen und die Unterschiede in den Zulassungsvoraussetzungen beseitigt sind, werden sich Bürger eines Mitgliedstaates im Partnerstaat keinen andersartigen oder zusätzlichen Beschränkungen bei der Niederlassung gegenübersehen[1].

Es erschien notwendig, das in den Art. 52 - 56 vorgesehene Ziel (Abbau des Ausländerrechts) um das Ziel des Art. 57 (Angleichung des Berufsrechts) zu erweitern, um eine größtmögliche Faktormobilität zu erreichen: Sollen sich die selbständigen Marktbürger dort niederlassen können, wo sie die besten wirtschaftlichen Voraussetzungen vorfinden, so müssen ihnen in jedem Mitgliedstaat dieselben rechtlichen "Startbedingungen" gewährt werden.

Ob man darüber hinaus der Textfassung des Art. 57 ("um zu erleichtern") eine liberale Tendenz entnehmen muß, die eine Rechtsangleichung nur auf liberaler Basis gestattet, soll später erörtert werden[2].

§ 2: Allgemeines Programm des Rates zur schrittweisen Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit.

1) Rechtsnatur des allgemeinen Programms

Nach Art. 54 Abs. 1 Satz 1 war der Rat verpflichtet, vor dem Ende der ersten Stufe, d.h. vor Ablauf des Jahres 1961, ein "allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Gemeinschaft" aufzustellen.

---

1) EHRING in Kommentar GROEBEN-BOECKH Anm. 7 zu Art. 57.

2) S. Seite 47 ff unten.

Dieser Pflicht ist er innerhalb der vorgesehenen Frist, nämlich am 18.12.1961, nachgekommen[1]. Dem Ratsbeschluß waren ein entsprechender Vorschlag der Kommission und die Stellungnahmen (" Anhörungen", Art. 54 Abs. 1 Satz 1) des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie der Versammlung[2] vorausgegangen.

Ein ähnlicher Zeitplan für die Tätigkeit der Organe findet sich nur noch in Art. 63 ("allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs"). Dagegen erwähnt Art. 189 bei der Aufzählung der im Vertrag vorgesehenen Beschlußformen ein derartiges Programm nicht.
Das allgemeine Programm wird als "Beschluß eigener Art"[3] angesehen, dessen Sinn und Zweck sich allein aus Art. 54 ergeben. Für alle selbständigen Tätigkeiten im Gemeinsamen Markt legt es "die allgemeinen Voraussetzungen und insbesondere die Stufen für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit fest" (Abs. 1 Satz 2); es bildet einen rechtlichen und zeitlichen Rahmen für die Arbeit der Gemeinschaftsorgane[4].

Um das Programm stufenweise zu verwirklichen, erläßt der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und der Versammlung Richtlinien,

---

1) Vgl. Anm. 3 S. 2.

2) Diesen Ausdruck verwendet der Vertrag für das in Straßburg tagende Parlament der Gemeinschaften, das auch für die Montanunion und Euratom zuständig ist; vgl. Abkommen über gemeinsame Organe für die europäischen Gemeinschaften vom 23.3.1957, BGBl. 1957 II S. 1156.

3) EVERLING, BB 1960 S. 569; R.SCHMIDT, Zu den rechtlichen Grundfragen des Gemeinsamen Marktes, S. 35; NICOLAYSEN, NJW 1964 S. 966; GAUDET, a.a.O. S. 85; RUGGIERO-DE DOMINICIS, Comm. CEE, Anm. 2 zu Art. 54 (S. 424).

4) RUGGIERO - DE DOMINICIS, aaO.: "una sorte di piano di lavoro"

Art. 54 Abs. 2. Das allgemeine Programm bildet folglich eine Art Terminkalender auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts. Daraus folgt, daß es für Mitgliedstaaten und deren Bürger keine unmittelbaren Verpflichtungen oder Rechte schafft; denn zur Durchführung der Programmpunkte sind Richtlinien des Rates erforderlich. Diese erst verpflichten die Mitgliedstaaten zu einem Tun oder Unterlassen, Art. 54 Abs. 2 und 189 Abs. 3.

Das Programm ist nur insoweit verbindlich, als es die rechtsetzenden Organe der Gemeinschaft an die Zeitfolge und den rechtlichen Handlungsrahmen bindet[1]; der Rat kann nicht von einem Programmpunkt abweichen, ohne ihn vorher abzuändern[2].

Hält sich eine Richtlinie nicht im Rahmen des allgemeinen Programms, so können ein überstimmter Mitgliedstaat oder die Kommission Klage vor dem Gerichtshof der Gemeinschaften erheben[3]. Das allgemeine Programm bietet somit den übrigen Organen und Mitgliedstaaten Gewähr dafür, daß der Rat nur solche Maßnahmen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts trifft, die im Programm bereits vorgesehen sind, und daß er sich nicht neue Kompetenzen schafft.

2) Inhalt des allgemeinen Programms vom 18. 12. 1961

Entsprechend der in Art. 54 Abs. 2 enthaltenen Zweckbestimmung befaßt sich das Programm nur

---

1) EVERLING, BB 1960 S. 568 ff. (569); GAUDET, a.a.O. S. 85; RUGGIERO - DE DOMINICIS, aaO. Anm. 2 zu Art. 54 (S. 424)

2) Vgl. Abschnitt IV des Programms

3) Vgl. GAUDET, a.a.O. S. 85, der allerdings betont, von dieser Klagemöglichkeit werde wohl kaum Gebrauch gemacht werden; s. auch RUGGIERO/DE DOMINICIS, Anm. 2 zu Art. 54 (S. 424)

in großen Zügen mit dem Abbau der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit.

Der Zeitplan sieht vier Phasen vor[1].
Diese Einteilung hat man offensichtlich gewählt, um die Gliederung der Übergangszeit in drei Stufen aufzulockern; eine angesichts der Schwierigkeiten auf diesem Gebiet zweckmäßige und sinnvolle Maßnahme.

Abschnitt I des allgemeinen Programms nennt die "Begünstigten" des Niederlassungsrechts, die Mitgliedstaaten und deren natürliche und juristische Personen. Unter dem Titel "Einreise und Aufenthalt" zählt Abschnitt II zwei wichtige Programmpunkte auf: Abänderung des Ausländerrechts auf diesem Sektor sowie Aufhebung der Regelungen, die es einem ausländischen Arbeiter bisher verboten, eine selbständige Tätigkeit zu ergreifen. Dieser Programmpunkt ist nicht, wie vorgesehen, Ende 1963, sondern erst im April 1964 erfüllt worden[2].

Unter dem Leitwort "Beschränkungen" ist in Abschnitt III der Abbau von Zulassungsbedingungen gegenüber Ausländern vorgesehen (es sollen zum Beispiel Genehmigungen, Gewerbeausweise, berufliche Probezeiten, finanzielle Sonderbelastungen etc. wegfallen).

---

1) Vgl. dazu R. SCHMIDT, a.a.O. S. 36.
Die erste Phase von Anfang 1962 bis Ende 1963, die zweite bis Ende 1965, die dritte bis Ende 1967, die vierte bis Ende 1969.

2) Vgl. die Richtlinien des Rates vom April 1964, Amtsbl. Nr. 56 S. 854 ff.

Abschnitt V des Programms stellt für die gegenseitige Anerkennung der Diplome und Befähigungsnachweise sowie die Koordinierung des Berufsrechts (Art. 57) die Forderung auf, "vor, gleichzeitig mit oder nach der Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit" zu prüfen, in welchem Umfang Diplome, Zeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise gegenseitig anerkannt werden können. "Übergangsregelungen" sind für den Fall vorgesehen, daß "Verzerrungen" entstehen. Danach sollen hinreichend qualifizierte Bürger der Partnerstaaten zunächst so gestellt werden, als hätten sie die gestellten Anforderungen erfüllt.

Wichtigster Programmpunkt ist der Termin für die endgültige Aufhebung der Ausländerdiskriminierungen in Industrie und Handel; sie sollte bis zur Hälfte der zweiten Stufe (Ende 1963) abgeschlossen sein[1]. Der Termin ist nicht eingehalten worden[2]. Offensichtlich sind die im Programm für die Arbeit der Gemeinschaftsorgane im Berufsrecht vorgesehenen Zeitspannen zu kurz, als daß alle Richtlinien termingerecht beschlossen werden könnten[3]. Denn das Rechtsetzungsverfahren nach Art. 54 Abs. 2 nimmt erhebliche Zeit in Anspruch. Die Kommission arbeitet zunächst einen Vorschlag aus; dazu hört sie häufig die Vertreter

---

1) ALDER, Die Befugnisse der Organe der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft S. 53.

2) OPPERMANN, BB 1964 S. 563 Anm. 7.

3) Die Kommission stellte bereits 1965 (8. Gesamtbericht, S. 51) fest, daß sie darauf verzichten müsse, das für die Übergangszeit festgesetzte Programm in seiner Gesamtheit zu verwirklichen, insbesondere, soweit es die Koord. der Rechts- und Verwaltungsvorschriften und die gegenseitige Anerkennung der Diplome, usw. angehe.

der staatlichen Berufsorganisationen und die zuständigen Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten, um zu ergründen, ob die vorgesehene Richtlinie evt. auf die Ablehnung eines Mitgliedstaates stößt [1]. Zu dem Richtlinien-Vorschlag der Kommission hört der Rat den Wirtschafts- und Sozialausschuß und die Versammlung, die ihrerseits Änderungsvorschläge unterbreiten können und das in der Regel auch tun. Dann erst beschließt der Rat über die Richtlinie.

2. Abschnitt

Rechtsangleichung der Berufsregelungen nach Art. 57

§ 3: Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften

Wie bereits festgestellt wurde[2], erweitert Art. 57 das Ziel der Art. 52 ff um die Aufgabe, mit Hilfe von Richtlinien das nationale Berufsrecht einander anzugleichen und dadurch die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern. Einmal sollen die Mitgliedstatten die Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise gegenseitig anerkennen, zum anderen ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Aufnahme und Ausübung der freien Berufe koordinieren.

Neben Art. 57 sieht auch Art. 100 Richtlinien zur Angleichung der staatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften vor mit dem Ziel, " die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu fördern". Sie beziehen sich nicht ausschließlich, wie die Art. 52 ff., auf einen

---

1) OPPERMANN, BB 1964, S. 563 Anm. 7

2) Vgl. oben S. 1 ff.

bestimmten Wirtschaftsbereich. Die spezielle Regelung für das Niederlassungsrecht ist deshalb Art. 57[1]; er allein ist während der Übergangszeit Handlungsgrundlage des Rates für Richtlinien im Berufs- und Gewerberecht[2].

Das geht einmal aus der Stellung der Vorschrift im Vertrag hervor: Das Kapitel Niederlassungsrecht steht im zweiten Teil (Grundlagen der Gemeinschaft) während das Kapitel Angleichung der Rechtsvorschriften im dritten Teil unter dem Titel "die Politik der Gemeinschaft" eingereiht ist. Zum anderen schreiben Art. 52 ff die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften aller Berufe vor, ohne daß es darauf ankommt, welchen Einfluss auf Errichtung und Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sie haben. Auch nennt Artikel 3 lit. h bereits die Rechtsangleichung "soweit sie für das ordnungsgemäße Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist", als Ziel der EWG. Darauf nimmt Art. 1oo Bezug.
Nach Art. 1oo sollen also nur solche Rechtsvorschriften angeglichen werden, deren Unterschiedlichkeit sich negativ auf die Errichtung des Gemeinsamen Marktes auswirkt.

Es ist aber denkbar, daß nach Abschluß des in Art. 57 vorgesehenen Koordinierungsverfahrens eine weitere Rechtsangleichung nach Art. 1oo erforderlich wird, um eine Wettbewerbs-

---

1) AUBIN, Riese-Festschrift, Seite 245; EVERLING in Kommentar Wohlfahrt Vorbemerkung 5 u. 6 vor Artikel 1oo und Anm. 2 zu Artikel 1oo

2) EVERLING in Kommentar Wohlfahrt Anm. 2 zu Art. 1oo; THIESING in Kommentar Groeben-Boeckh Anm. 3 c zu Art. 1oo.

verzerrung (Art. 101) zu beseitigen.
Bis zum Ende der Übergangszeit werden Rechtsangleichungen im Niederlassungsrecht jedoch nur nach Art. 57 durchgeführt.

In diesem Zusammenhange ist vor allem das Verfahren nach Abs. 2 von Bedeutung[1].
Im Gegensatz zu Art. 52 wird der Wirtschafts- und Sozialausschuß zu den Richtlinien-Vorschlägen der Kommission nicht gehört, obwohl das gerade hier wegen der besonderen Problematik angebracht wäre.

Den Erlaß von Koordinierungsrichtlinien muß der Rat immer dann einstimmig beschließen, wenn das betreffende Sachgebiet wenigstens in einem Mitgliedsstaat durch Gesetz geregelt ist. Nach dem Willen der Vertragsschließenden soll kein Ratsmitglied überstimmt werden, wenn ein Beschluß die vom Parlament seines Heimatstaates erlassenen Gesetze berührt[2].
Da wohl die meisten selbständigen Tätigkeiten zumindest in einem Mitgliedsstaat durch Gesetz geregelt sind, bildet die einstimmige Beschlußfassung die Regel[3]. Damit ist die Möglichkeit weitgehend ausgeschlossen, daß ein Mitgliedsstaat gegen die Stimme seines Vertreters im Rat zu einer ihm mißliebigen Änderung des Berufsrechts gezwungen wird.

---

1) Vgl. oben S. 17 ff.

2) EVERLING, BB 1958 Seite 863; nur Gesetze im formellen Sinne sind gemeint.

3) EVERLING, Niederlassungsrecht Seite 118.
Zu Mehrheitsbeschlüssen wird es praktisch selten kommen, nachdem die Ratsmitglieder auf der Luxemburger Tagung im Januar 1965 übereingekommen sind, in wichtigen Entscheidungen einen einstimmigen Beschluß anzustreben, dem alle Ratsvertreter zustimmen können (vgl. 8. Gesamtbericht S. 121).

Einstimmigkeit ist auch bei Ratsbeschlüssen auf dem Gebiet des Sparwesens sowie für Maßnahmen betreffend die Berufsregelungen der Ärzte, Pharmazeuten und arztähnlich Tätigen erforderlich, Art. 57 Abs. 2 Satz 2. Grund für diese Sonderregelung dürfte der Wunsch der Vertragsschließenden gewesen sein, sich ein Vetorecht bei der Rechtsangleichung dieser wichtigen Berufe zu sichern[1], um nicht überstimmt und zu Maßnahmen im eigenen Staatsbereich gezwungen zu werden, die ihre Staatsangehörigen benachteiligen oder die Wirtschaft schädigen.

Auf eine zusätzliche Besonderheit bei der Rechtsangleichung des Berufsrechts für Ärzte, Apotheker und arztähnliche Tätige ist bereits hingewiesen worden[2];
Die Niederlassungsbeschränkungen können in diesem Bereich erst aufgehoben werden, wenn zuvor die einzelstaatlichen Regelungen koordiniert worden sind, Art. 57 Abs. 3. Die Vertragsschließenden sahen hier offenbar Schwierigkeiten voraus, falls die Diskriminierungen ohne vorherige Rechtsangleichung aufgehoben würden; sie wollten überdies wohl auch das Überwachungsinteresse des Staates an den Berufen, deren Ausübung der Volksgesundheit dient, in geeigneter Weise wahren. Das bestätigt auch Art. 56 Abs. 1, wonach Ausnahmebestimmungen für Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaaten trotz des grundsätzlichen Diskriminierungsverbots angewandt werden dürfen, wenn Gründe der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit es erfordern.

---

1) EVERLING, Niederlassungsrecht Seite 13c ff
2) Vgl. oben S. 3 ff.

Es soll verhindert werden, daß sich in einem Mitglied-staat Ärzte, Heilpraktiker[1] oder Apotheker[2] eines anderen Mitgliedstaates niederlassen, die in ihrem Land keiner so strengen Berufsausbildung und Standesaufsicht unterliegen, wie das Gastland sie vorsieht[3].

§ 4: Lage am Ende der Übergangszeit bei fehlender Koordinierung des Niederlassungsrechts

1) Automatische Aufhebung der Ausländerdiskriminierungen

Kommt es wegen der erörterten Schwierigkeiten

---

1) Sie zählen u.a. zu den "arztähnlichen" Berufen; der Umfang dieses Begriffes ist streitig; vgl. EVERLING, Niederlassungsrecht S. 119; RUGGIERO - DE DOMINICIS. aaO. Anm. 2 a.E. zu Art. 57 (S. 446). Nach dem deutschen Text kommen nur selbständig und eigenverantwortlich in Heilberufen Tätige in Betracht - EVERLING (a.a.O.) nennt Heilpraktiker, Dentisten, Hebammen. Der französische Ausdruck "paramédicales" erscheint umfassender; danach wären auch alle Heilhilfsberufe (zum Beispiel: Masseur, Krankengymnastin) mit erfaßt.

Unter Art. 57 fallen jedoch nur die selbständigen Tätigkeiten, so daß aus diesem Grunde der größte Teil der Heilhilfsberufe (etwa medizinisch-technische Assistentin, Krankenpfleger usw.) ausscheiden.

Bedeutsam wird die Bestimmung für das sehr unterschiedliche Recht der Heilpraktiker (vgl. EVERLING, Niederlassungsrecht S. 12o), auf das hier nicht näher eingegangen werden soll.

2) Art. 57 III spricht vom "pharmazeutischen" Beruf; darunter hat man nur den Apotheker, nicht auch den Hersteller pharmazeutischer Erzeugnisse zu verstehen (EVERLING, Niederlassungsrecht S. 12o Anm. 131). Das folgt u.a. aus der Einteilung des allgemeinen Programms, das die pharmazeutische Industrie in Anlage II Hauptgruppe 31 aus Gruppe 319 (Amtsbl. Nr. 2 (1962) S. 42) erwähnt, während die Apotheker , deutlich davon getrennt, in Anlage II Gruppe 612 aus 6122 (Amtsbl. Nr. 2 S. 44) genannt werden.

3) EVERLING in Komm. WOHLFAHRT Anm. 4 zu Art. 57

vor Ende der Überg-angszeit zu keiner vollständigen Koordinierung nach Art. 57 Abs. 3, so fragt sich, ob nicht zumindest die reinen Diskriminierungsvorschriften aufgehoben werden müssen.
Art. 52 spricht von einem schrittweisen Abbau der Niederlassungsbeschränkungen "während der Übergangszeit"; Art. 57 Abs. 3 schafft jedoch für die Heilberufe die Ausnahme, daß die Koordinierung abgeschlossen sein muß, b e v o r mit der Aufhebung der Niederlassungsbeschränkungen für Ausländer begonnen wird. Das Junktim zwischen Koordinierung und Abbau der Beschränkungen würde, da es an einer anderslautenden Regelung fehlt, auch nach der Übergangszeit weiterbestehen. Diese Auslegung steht im Einklang mit dem Zweck des Art. 57 Abs. 3: Die Berufe, an deren Überwachung wegen ihrer gesellschaftspolitischen Bedeutung der Staat ein besonderes Interesse hat, sollen in allen Ländern gleichen Bedingungen unterworfen sein, bevor Staatsangehörige der Partnerstaaten den eigenen Bürgern gleichgestellt werden.

Diese Auslegung widerspricht aber dem Zeitplan des Vertrages, wonach der Gemeinsame Markt nach der Übergangszeit hergestellt sein soll. Dieses Ziel läßt sich nicht erreichen, wenn ein wichtiger Teil der freien Berufe noch Ausländerbeschränkungen unterliegt.

Die Möglichkeit, daß n a c h Ende der Übergangszeit noch Ausländerdiskriminierungen zulässig sind, ist nur in den Ausnahmefällen der Art. 55 und 56 vorgesehen; selbst dort müssen die Regelungen jedoch koordiniert werden, Art. 56 Abs. 2. Auch für die in Art. 57 Abs. 3 genannten Berufe muß daher der in Art. 52 aufgestellte

Grundsatz gelten. Endgültiger Termin der Aufhebung von Ausländer-Beschränkungen ist das Ende der Übergangszeit.

2) Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum sofortigen Abbau der Diskriminierungen

Sollten die Niederlassungsbeschränkungen nicht bei allen freien Berufen am Ende der Übergangszeit abgebaut sein, so ergibt sich als Lösung daher folgende Alternative:

(1) Die Mitgliedstaaten sind - auch ohne Anweisung durch den Rat - gezwungen, die Diskriminierungen gegenüber den Staatsangehörigen der Partnerstaaten aufzuheben;

(2) die Beschränkungen entfallen "ipso iure".

Grundsätzlich sind die Mitgliedsstaaten nach Artikel 52 ff. verpflichtet, die Beschränkungen von sich aus aufzuheben, indem sie die vom Rat gem. Art. 54 Abs. 2 erlassenen Richtlinien ausführen. Die Richtlinien-Rechtsetzung gestattet anders als die Verordnungs-Kompetenz den Gemeinschaftsorganen nur mittelbare Eingriffe in die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten.

Folglich erscheint zunächst nur die Lösung gerechtfertigt, wonach die Mitgliedsstaaten nach Ablauf der Übergangszeit verpflichtet sein werden, die Niederlassungsbeschränkungen von sich aus aufzuheben[1].

---

1) So WOHLFAHRT, Seite 171; a.A. RUGGIERO - DE DOMINICIS, Anm. 1o zu Art. 52 (S. 416).

Dem steht folgendes entgegen:
Es ist unbedingt erforderlich, daß in allen Mitgliedsstaaten zur selben Zeit alle Ausländerbeschränkungen beseitigt werden. Es wäre sonst durchaus möglich, daß die Mitgliedsstaaten nicht alle Beschränkungen gleichzeitig abbauen. Das müßte unweigerlich zu Verzerrungen führen. Die Regelung der Art. 52 ff würde dann dem Gemeinschaftsrahmen entzogen[1].

Hinzu kommt, daß nach Art. 8 Abs. 7 "das Ende der Übergangszeit gleichzeitig der Endtermin ... für die Durchführung aller Maßnahmen ist, die zur Errichtung des Gemeinsamen Marktes gehören." Zur Errichtung des Gemeinsamen Markts zählt auch die Verwirklichung des Niederlassungsrechts für die Angehörigen der freien Berufe[2]; das Niederlassungsrecht wird zu Recht als eine der "vier Freiheiten" des Vertrages bezeichnet[3].

Noch ein weiteres Argument spricht für eine automatische Aufhebung der Diskriminierungen: Der europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung den Kreis der unmittelbar anwendbaren Vertragsvorschriften erweitert[4]. Während er zunächst nur den Bestimmungen Direktwirkung zugesprochen hatte, die eine Unterlassungspflicht für Mitgliedsstaaten enthalten[5], hat er in einer neueren Entscheidung[6] auch solche Vertragsnormen in diesen Kreis einbezogen, die eine unbedingte, nicht von den Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane oder Ermessensentscheidungen

---

1) RUGGIERO-DE DOMINICIS, Anm. 1o zu Art. 52 (S. 416).

2) Kommentar WOHLFAHRT Anm. 2 zu Art. 2

3) Kommentar GROEBEN-BOECKH Bd. I, Einl. S. XVI

4) Vergl. dazu Überblick bei ULMER, AWD 66, 278

5) RS 26/62, Rspr. EuGH IX S. 1, 24 ff. (zu Art. 12); RS 6/64; Rspr. EuGH X S. 1271, 127o ff. (zu Art. 53, 37 Abs. 2)

6) S. nächste Seite.

der Mitgliedsstaaten abhängige Handlungspflicht der Mitgliedsstaaten begründen. Es erscheint durchaus möglich, daß der Gerichtshof nach Ablauf der Übergangszeit darüberhinaus auch solchen Vorschriften Direktwirkung zusprechen wird, die wie Art. 52 eine schrittweise Beseitigung der bestehenden Hindernisse für die Errichtung des Gemeinsamen Marktes während der Übergangszeit vorsehen[1].
Nur während der Übergangszeit würden die Diskriminierungen schrittweise - in Ausführung von Richtlinien des Rates, Art. 54 Abs. 2 - abgebaut werden. Im Jahre 1970 fällt diese Einschränkung weg; folglich müssen die dann noch entgegenstehenden staatlichen Vorschriften von selbst entfallen.

Sind aber erst alle staatlichen Diskriminierungsvorschriften weggefallen, dann droht die Gefahr, daß ein Gefälle von den Staaten mit restriktiven zu denen mit liberalen Berufsregelungen entsteht. Die Mitgliedstaaten mit freiem Niederlassungsrecht - dazu zählen die Bundesrepublik, Belgien, die Niederlande und Luxemburg - sähen sich möglicherweise einem Andrang ausländischer Berufsbewerber gegenüber. Sie könnten dieser Gefahr mit Ausnahmeregelungen nach Art. 56 Abs. 1 begegnen. Danach dürfen diskriminierende Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Partnerstaaten bestehen bleiben, wenn die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit es erfordern. Eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit könnte entstehen, wenn nach Aufhebung der Diskriminierungen

---

6) EuGH, Urteil vom 16.6.1966 - RS 57/65, abgedruckt in AWD 66, S. 285 (zu Art. 95 Abs. 1 u. 3).

1) ULMER, AWD 66, 278 li.Sp.; EVERLING, Niederlassungsrecht S. 26 Anm. 38; PRAASCH, a.a.O. S. 100; EVERLING NJW 1967, 468.

für Apotheker infolge der steigenden Zahl von Berufsträgern ein scharfer Konkurrenzkampf entstände und dieser wiederum dazu führte, daß die Apotheker die Arzneilagerungspflichten vernachlässigen, weil sie nur noch "gängige" Präparate führen[1].

Allerdings könnten die übrigen Mitgliedstaaten solchen Maßnahmen gem. Art. 56 gegenüber einwenden, die drohende Gefahr bestehe nicht darin, daß ausländische Apotheker zugelassen werden - vorausgesetzt, sie erfüllen dieselben Bedingungen wie Inländer -, sondern in einem Zuviel an Apothekern. Dieses Überangebot dürfe aber nicht durch neue Diskriminierungsmaßnahmen, sondern nur durch allgemeine Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit abgebaut werden, damit alle Bewerber gleich behandelt werden, Art. 7. Die Bundesrepublik befände sich dann erneut in der Konfliktsituation, entweder die Niederlassung ausländischer Apotheker in Kauf zu nehmen oder entgegen der bisherigen Auslegung des Art. 12 GG nur noch eine beschränkte Anzahl von Bewerbern zum Apothekerberuf zuzulassen.

Maßnahmen nach Art. 56 können außerdem - das ergibt sich aus Art. 56 Abs. 2 - nur vorübergehend getroffen werden. Eine Koordinierung des Niederlassungsrechts ist somit auch nach der Übergangszeit in verstärkten Maße notwendig, wenn die freien Berufe vollständig in den Gemeinsamen Markt integriert werden sollen.

---

1) Vgl. die Argumentation für eine Beibehaltung des Konzessionssystems im bayrischen Apothekenrecht in BVerfGE 7, 377 (415 ff.).

§ 5: Begriff der "Koordinierung"

1.) Ziel und Verfahren der Koordinierung

Unmittelbares Ziel der in Art. 57 Abs. 2 vorgesehenen Richtlinien ist die "Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten"[1].
Die Auslegung des Begriffs "Koordinierung" war lange Zeit heftig umstritten[2]. Einige Autoren verstanden darunter lediglich eine grobe Rechtsannäherung, die nicht so weit gehen sollte wie die in Art. 98 vorgesehene "Harmonisierung" oder die "Rechtsangleichung" nach Art. 100[3]. Von der unterschiedlichen Terminologie des Vertrages schloß man auf Unterschiede im Umfang der Rechtsangleichung[4].

---

1) Im französischen Text heißt es ausführlicher: "á la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives";
ähnlich die italienische Fassung: "coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e administrative";
der niederländische Text lautet: "coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen"
und entspricht damit im wesentlichen dem deutschen Wortlaut.

2) R. SCHMIDT, a. a. O. S. 17 und LOCHNER in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 118 (1962) S. 35.

3) EVERLING, BB 1958 S. 863; Wohlfahrt in Kommentar Wohlfahrt-Everling-Glaesner/Sprung Nr. 3 zu Art. 6; v. BOECKH in Kommentar Groeben/Boeckh Anm. 1 zu Art. 6

4) So z.B. CATALANO, La Communauté Economique Européenne, Revue internationale de droit comparé 1961, S. 5 und 6 sowie MONACO, daselbst 1960, S. 64 f; GESSLER, Ziele und Methoden der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts, S. 11 ff.

Es ist das Verdienst LOCHNERs[1], in einer sorgfältigen Analyse der betreffenden Vertragsstellen diesen Streit durch die Feststellung beendet zu haben, daß keine grundlegenden Unterschiede zwischen den erwähnten Begriffen bestehen[2], sondern daß sie prinzipiell dasselbe bedeuten[3].

Die Worte "coordonner" und "harmoniser" weisen ebenso-wenig wie die deutschen Synonyme "koordinieren" und "harmonisieren" in Umgangs- und Rechtssprache kaum Unterschiede auf[4]. Sie werden meist synonym verwendet. Auch die Vertragschließenden dürften mit der Verwendung verschiedener Begriffe keinen unterschiedlichen Grad der Rechtsannäherung oder Rechtsangleichung gemeint haben[5]. Zwar weist PHILIPPS[6], der die Ergebnisse der Untersuchungen LOCHNERS in Zweifel zieht, zu Recht darauf hin, daß der Vertragstext größtenteils nicht von Juristen, sondern von Wirtschaftswissenschaftlern gestaltet worden sei; denn der Schwerpunkt des Vertrages liege nun einmal auf wirtschaftlichem Gebiet. Folglich mögen die Vorstellungen der Vertragsschöpfer von der juristischen Tragweite der Begriffe "Koordinierung," "Harmonisierung", "Angleichung" und "Anpassung" recht undeutlich gewesen sein; gerade das zwingt aber - entgegen der Deduktion von PHILIPPS - zu dem Schluß, daß die verschiedenen Begriffe keine graduellen Unterschiede der Rechtsangleichung beinhalten, eben weil die Vertragsschöpfer unklare Vorstellungen von den Begriffen hatten.

---

1) a. a. O. S. 35 ff.

2) a. a. O. S. 48.

3) a. a. O. S. 61.

4) R. SCHMIDT, a. a. O. S. 17.

5) So aber PHILIPPS, Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung, S. 93.

6) a. a. O. S. 95.

Das Maß der Anpassung muß allein durch die wirtschaftliche Notwendigkeit des Zusammenwachsens der Gemeinschaft bestimmt werden[1].

Eine Rechtsvereinheitlichung in dem Sinne, daß von Form und Inhalt her gleiches Recht geschaffen wird, haben weder die Koordinierung noch die Harmonisierung oder die Angleichung zum Ziel. Vielmehr sollen die einzelstaatlichen Gesetze derart aufeinander abgestimmt werden, daß ein "störungsfreies Zusammenspiel der nationalen Rechtsordnungen" entsteht[2]. Der Grad der Rechtsannäherung steht im Ermessen der Gemeinschaftsorgane, die sich wiederum an die Vertragsziele halten müssen. Nicht der im Einzelfall verwendete Begriff bestimmt den Umfang der Rechtsangleichung; die Annäherung muß vielmehr soweit gehen, wie es das spezielle Vertragsziel erfordert[3].

Es können folglich auch die Begriffe "Koordinierung", "Harmonisierung" und "Rechtsangleichung" eine völlige Rechtsvereinheitlichung ermöglichen, wenn ein Vertragsziel dies erforderlich macht[4].

Die Koordinierung nach Art. 57 Abs. 2 muß demnach als Rechtsangleichung mit dem Ziel verstanden werden, freiberuflich tätigen Marktbürgern die Niederlassung in jedem Mitgliedsstaat unter denselben Bedingungen zu ermöglichen. Sie kann von der groben

---

1) Ähnlich auch LUTTER, NJW 66, 273 ff. (274, Fußnote 14).

2) EVERLING in Kommentar Wohlfahrt, Anm. 2 zu Art. 100; THIESING in Kommentar GROEBEN-BOECKH, Anm. 3 c zu Art. 100.

3) LOCHNER, a.a.O. S. 51

4) LOCHNER a.a.O., S. 60; NICOLAYSEN, Beiheft 29 S. 93/94.

Rechtsannäherung bis zur völligen Rechtsvereinheitlichung gehen, je nachdem, welche Schritte die Gemeinschaftsorgane für geeignet und erforderlich halten, um das gesteckte Ziel zu erreichen[1].

2. Richtlinien des Rates als Mittel zur Koordinierung

Als Mittel zur Durchführung der Koordinierung sieht Art. 57 allein Richtlinien des Rates vor. Daneben ist nicht auch wie in anderen Vertragsvorschriften[2] der Erlaß von Verordnungen nach Art. 189 Abs. 1 möglich.

Die Richtlinie bindet jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet ist, an das in ihr enthaltene Ziel, Art. 189 Abs. 3. Anders als die Verordnung überläßt sie es dem Staat, die Form und Mittel zu wählen, um das von der Gemeinschaft gesteckte Ziel zu erreichen.

Die Richtlinie wird in dem Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet ist, nicht unmittelbar wirksam, vielmehr muß der Adressat sie in staatliche Rechtssetzung oder Verwaltungstätigkeit umsetzen. Seine zuständigen Organe müssen entsprechende Gesetze oder Verordnungen erlassen, seine Verwaltung das Ziel der Richtlinie in ihrer Praxis verwirklichen. Häufig setzt der Rat dafür eine Frist von 6 Monaten fest[3].
Der sich zunächst aufdrängende Vergleich der Richtlinienrechtsetzung mit der Rahmengesetzgebung des

---

1) So die herrschende Meinung, vergl. ALDER, a.a.O. S. 99; R. SCHMIDT. a.a.O. S. 17; jetzt auch EVERLING, Niederlassungsrecht S. 63 Anm. 15; a.A.: GESZLER, Harmonisierung des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts der GmbH. in Europa, S. 13 f.

2) Z.B. Art. 79 III S. 2 "erforderliche Vorschriften" = Verordnungen oder Richtlinien); Art. 91 II S. 2 ("geeignete Regelungen" = Verordnungen, Richtlinien oder Entscheidungen).

3) So bei den im April 1964 erlassenen Richtlinien, vergl. Amtsblatt Nr. 56 (1964) S. 889.

Bundes[1] erweist sich bei näherer Prüfung als nicht zutreffend. Ein Rahmengesetz enthält schon Rechte und Pflichten für den einzelnen, die nur noch näher ausgestaltet werden müssen. Die Richtlinie dagegen berechtigt und verpflichtet allein den Mitgliedsstaat zu Ausführungsmaßnahmen, setzt aber nicht bereits verbindliches Recht für dessen Staatsangehörige[2]. Sie ist nicht, wie ein Rahmengesetz, ausfüllungsbedürftig, sondern enthält schon das gewünschte Rechtssetzungsziel, das lediglich von den Partnerstaaten durch eigene Maßnahmen realisiert werden soll. Die Richtlinienkompetenz wird deshalb vielfach als "indirekte Rechtssetzung" bezeichnet[3].

Neben den Verordnungen nach Art. 189 Abs. 2, den Entscheidungen (Art. 189 Abs. 4) und den Empfehlungen und Stellungnahmen (Art. 189 Abs. 5) ist die Richtlinie eine wichtige Beschlußform für Kommission oder Rat[4].
Die spürbare Veränderung in der Wirtschaft, die der Gemeinsame Markt für die Mitgliedsstaaten mit sich bringt, kann im Einzelfall zu besonders

---

1) WOHLFAHRT, Juristenjahrbuch 1960 S. 248; OPHÜLS, NJW 1963 S. 1697 f. (1700); LUTTER, NJW 66, S. 274; a.A.: ECKERT NJW 67, 477; FURLER, NJW 65, 1409; BRÜHNEMANN, Niederlassung von Versicherungsunternehmen im Gemeinsamen Markt, S. 54; FUSS, DVBl. 65, 378 f (380).

2) NICOLAYSEN, NJW 1964 S. 966.

3) FUSS, DVBl. 65, 378 f. (380)

4) Richtlinienbefugnisse der Kommission sehen z.B. vor: Art. 21, 33 Abs. 7, 45 Abs. 2 Satz 4, 90 Abs. 2, 97 Abs. 2; dem Rat gewähren Richtlinienkompetenz: Art. 43 Abs. 2, Satz 3, 49 Abs. 1, 54 Abs. 2, 54 Abs. 2, 57, 63 Abs. 2, 69, 70 Abs. 1, 87 Abs. 1, 100 Abs. 1, 101 Abs. 1, 103 Abs. 3, 108 Abs. 2, 112 Abs. 2, 113 Abs. 3 Satz 2.

schwerwiegenden Konflikten mit der noch bestehenden Ordnung des Wirtschaftslebens der Staaten führen. In diesen Fällen weiß der betreffende Staat selbst am besten zu beurteilen, welche Maßnahmen geeignet sind, die Vertragsziele zu verwirklichen [1]. Es mußte also ein Weg gefunden werden, die die Anordnung von Maßnahme der Gemeinschaft, ihre Ausführung aber den Mitgliedstaaten überläßt. Diese Möglichkeit, den Gemeinschaftsorganen Rechtsetzungsbefugnisse zu verleihen, ohne direkt in die Gesetzgebung oder Verwaltungstätigkeit der Mitgliedstaaten eingreifen zu müssen, verschafft die Richtlinie. Sie ist deshalb eine elastischere Form der Gemeinschaftsrechtsetzung als die Verordnungs- oder Entscheidungskompetenz. Sie entspricht der Grundhaltung der Vertragsschließenden, so wenig wie möglich in die Sphäre der Partnerstaaten einzugreifen; nach dem Scheitern der stark supranational ausgeprägten EVG im Jahre 1954 ist dieses Bestreben durchaus verständlich [2].

Trotz der Vorzüge der Richtlinie gegenüber der starren "supranationalen" Verordnung fehlt es nicht an Kritik. Es wird angeführt, die nationalen Parlamente - als die in Art. 189 Abs. 3 anegesprochenen "innerstaatlichen Stellen" - kämen oft dem in der Richtlinie enthaltenen Auftrag des Rates oder der Kommission nur zögernd und unzureichend nach; gelegentlich versuchten sie sogar, die Richtlinien zu umgehen oder sie nur teilweise zu verwirklichen [3]. Diese Bedenken lassen sich mit einem Hinweis auf die Art. 164, 169 und 17o

---

1) DAIG in Kommentar GROEBEN/BOECKH Vorbem. 2 Abschnitt II 3 zu Art. 189; ALDER a.a.O., S. 52
2) WOHLFAHRT, JIR Bd. 9 (196o/61) S.23; Amtliche Erläuterungen zu Art. 189, in: Handbuch für Europäische Wirtschaft I A 3o S. 81
3) WOHLFAHRT, Juristenjahrbuch, Bd. III, S. 249

des Vertrages zumindest abschwächen. Danach übt die Kommission die Kontrolle über die Einhaltung der vom Rat erlassenen Richtlinien aus. Sie kann eine Stellungnahme abgeben, Art. 169, und vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft gegen den Mitgliedsstaat Klage erheben, der die Richtlinie nicht ausführt. Art. 17o gewährt auch jedem Mitgliedstaat ein Klagerecht.

Das Kommission und Mitgliedsstaaten zustehende Klagerecht mit der Gefahr einer Verurteilung durch den Gerichtshof wird den Adressaten einer Richtlinie davon abhalten, die Weisung der Gemeinschaftsorgane ganz oder teilweise zu umgehen.

Aus den letzten Berichten der Kommission über den Stand der Rechtsangleichung mittels Richtlinien geht auch hervor, daß die Mitgliedstaaten die notwendigen Ausführungsmaßnahmen gewöhnlich innerhalb der gesetzten Frist treffen[1].

Gegen die Wirksamkeit des Rechtsangleichungsverfahrens mit Hilfe von Richtlinien wird weiter eingewandt, es sei zweifelhaft, ob ein derart wichtiger Bereich des Wirtschaftslebens wie das Berufsrecht der selbständigen Tätigkeiten mit Hilfe einer bloßen Staaten-Verpflichtung vollständig in den Gemeinsamen Markt integriert werden könne. Zuweilen könnten bestimmte gesetzgeberische Ziele in verschiedenen räumlichen Bereichen (zum Beispiel in den Bundesländern der BRD) nur durch gleichlautende Gesetzestexte erreicht werden. Sobald die Fassungen voneinander abweichen, könne das Gesetz

---

1) 8. Gesamtber., S. 57; 9. Gesamtber. S. 57, besonders Fußnote 1.

-wenn es auch dasselbe Ziel verfolge - durch Auslegung zu anderen Ergebnissen führen[1]. Art. 189 Abs. 3 sei deshalb in den Fällen, in denen sich eine Rechtsangleichung nur durch Gleichheit von Ziel, Form und Mitteln erreichen lasse, dahingehend zu interpretieren, daß die Gemeinschaftsorgane (im Fall des Art. 57 der Rat) befugt sein sollen, die "loi uniforme", d.h. ein vorbereitetes Mustergesetz, als für die Mitgliedstaaten verbindlich in die Richtlinien aufzunehmen[2]. Eine solche Erweiterung der Befugnisse des Rates käme aber fast dem Recht gleich, Verordnungen im Sinne des Art. 189 Abs. 2 zu erlassen; denn ein Mustergesetz beläßt dem Staat nur noch die Wahl der Mittel (Gesetz oder Rechtsverordnung) und die Möglichkeit, das Gesetz bzw. die Rechtsverordnung sofort oder innerhalb der bestimmten Frist zu erlassen, während gerade das Ermessen, wie das gesetzte Ziel rechtstechnisch zu erreichen ist, dem einzelnen Staat genommen wäre. Die loi uniforme, wie sie ZWEIGERT[3] versteht, würde sich von einer Verordnung i.S. d. Art. 189 Abs. 2 kaum unterscheiden.

Abzulehnen ist auch die teilweise vertretene Ansicht, Richtlinien, die inhaltlich nicht mehr der Vollziehung bedürften, so daß sie unmittelbarer Geltung fähig seien, hätten ohne weiteres Wirkung im Recht der Mitgliedstaaten[4].

---

1) ZWEIGERT in Festschrift für Hans Dölle, Bd. 2 S. 412/413; LUTTER, NJW 66, 274.

2) ZWEIGERT, a. a. O. S. 413; nicht ganz so weitgehend CATALANO, Manuel S. 136, der aber Detailregelungen für zulässig hält.

3) ZWEIGERT, a.a.O. S. 413.

4) Vgl. dazu EVERLING, NJW 67, 467 und die dort (Fußn. 18) Genannten.

Daß die Vertragschließenden diese Konsequenz nicht gewollt haben, ergibt sich einmal aus der genauen Abgrenzung zwischen den Beschlußformen in Art. 189, zum anderen daraus, daß Art. 57 dem Rat allein die Möglichkeit zum Erlaß von Richtlinien gibt. An anderen Stellen des Vertrages sind dagegen wahlweise Verordnungen und Richtlinien vorgesehen[1]. Es kann also nur die Richtlinie, wie sie in Art. 189 Abs. 3 klar umrissen ist, die Form für Ratsbeschlüsse im Bereich des Niederlassungsrechts bilden. ZWEIGERT selbst[2] trägt der Kühnheit seiner Interpretation des Art. 57 Rechnung, indem er als mögliche Alternative vorschlägt, der Rat solle wenigstens ein Modellgesetz in die Richtlinie einfügen, das sich den Mitgliedstaaten durch seine Mustergültigkeit empfehle.

Für die Zulässigkeit einer loi uniforme i.R.d. Art. 189 Abs. 3 wird weiter angeführt, der Rat habe bereits mehrere Richtlinien beschlossen, die derart detaillierte Regelungen enthalten, daß den Mitgliedstaaten nur noch übrig bleibe, die betreffende Richtlinie als Gesetz oder Verordnung zu erlassen[3]. Tatsächlich existiert eine entsprechende Praxis des Rates. Sie war jedoch wegen der Spezialität der Sachgebiete -

---

1) Vgl. Art. 49 Abs. 1; Art. 43 Abs. 2; Art. 87 Abs. 1 Unterabs. 1; vgl. im übrigen die Aufzählung auf Seite 32 Anm. 2.

2) Vgl. Anm. 3 S. 36

3) EVERLING, Aktuelle Fragen in Beiheft 29 ZHR S. 75; SALMON, RMC 1965, S. 168; COUVE DE MURVILLE, Bulletin der EWG 66, S. 6

vergl. z.B. die Richtlinie über die Verwendung färbender Stoffe in Lebensmitteln[1] oder den Richtlinienvorschlag über die Herstellung und Verwendung von Bolzensetzwerkzeugen[2] - notwendig. Es scheint einhellige Meinung geworden zu sein, daß der Rat dann detaillierte Richtlinien erlassen darf, wenn das Ziel einer Richtlinie dies verlangt[3].

In einer grundlegenden Untersuchung hat IPSEN[4], ausgehend vom Vertragstext, diese zunächst mit eher praktischen Argumenten gestütze Ansicht dogmatisch begründet. Er hat auf die Unterschiede in der Terminologie der Vertragstexte hingewiesen. Während im deutschen Text der verbindliche Teil der Richtlinie als "Ziel" bezeichnet ist, steht in den übrigen Vertragstexten dafür der engere Begriff "Ergebnis" (résultat, risultato, resultaat).

Anders als das Wort Resultat erweckt der Begriff "Ziel" Vorstellungen von globalen Richtungen in der Rechtssetzung, nicht dagegen von einem bestimmten Erfolg der Rechtsangleichung[5].

Die anderssprachigen Texte sind offensichtlich genauer; IPSEN weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der deutsche Text auch dann das Wort "Ziel" enthält, wenn in den übrigen

---

1) Amtsblatt 1962 S. 2645,

2) Amtsblatt 1965 S. 1729,

3) KREPLIN, NJW 65, 467 ff. (469); ECKERT NJW 67, 473 f. (477); IPSEN, Richtlinienergebnisse. Ophüls-Festschrift, S. 72 f; SCHWARZ, Hallstein-Festschrift, S. 506 f.; FURLER, NJW 65, 4101 f. (1403); BRÜHNEMANN, Niederlassungsfreiheit von Versicherungsunternehmen im Gemeinsamen Markt, S. 54 F.

4) Vergl. Anmerkung 3

5) ECKERT, NJW 67, 477; CATALANO, Manuel S. 135 Ziff. 15

Texten die allgemeineren Synonyme "buts, scopo, doel"[1], "objectifs, obiettivi, doeleinden"[2] oder ähnliche Begriffe[3] erscheinen.

Obwohl grundsätzlich jeder Vertragstext verbindlich ist[4], muß hier bei der Auslegung des Art. 189 Abs. 3 den anderssprachigen Texten der Vorzug vor der deutschen Fassung gewährt werden; das Ziel der Rechtsangleichung muß in deren Ergebnis oder Erfolg gesehen werden[5]. Um ein derartiges Resultat bei der Rechtsangleichung zu erreichen, muß die Richtlinie vorher notwendigerweise bis ins einzelne durchdacht und das neu zu schaffende Recht klar aus der Richtlinie erkennbar sein[6]. Daß diese Regelungen sehr ins Detail gehen können, wenn die zu regelnde Materie schon äußerst speziell ist - wie bei der Herstellung und Verwendung von Bolzensetzwerkzeugen -, darf daher nicht zu der Annahme verleiten, die Grenze zwischen Richtlinie und Verordnung werde verwischt.

ECKERT[7] weist zurecht darauf hin, daß den Mitgliedsstaaten noch genügend Spielraum verbleibe; so könnten sie bei Ausführung der Richtlinien wählen, welche Form sie den Ausführungs-

---

1) PRÄAMBEL Abs. 4,

2) Vergl. Art. 8 Abs. 3,

3) Art. 5: "buts, scopi, doelstellingen"; Art. 39 Abs. 1 :"but, finalità, doel".

4) was streng genommen dazu führt, daß keiner der Verträge eigentlich verbindlich ist.

5) so auch RUGGIERO-DE DOMINICIS Anm. II 9 zu Art. 189 (S. 1403)

6) CATALANO, MANUEL de DROIT S. 135 Ziff. 15

7) NJW 67, 477

maßnahmen gegen oder mit welchen anderen Mitteln sie auf das von der Richtlinie angestrebte Ergebnis hinwirken. Bei rein akademischer Betrachtungsweise werde häufig übersehen, daß die Richtlinie jeweils nur teilweise in das nationale Recht umgesetzt werden müsse, weil bestimmte in ihr enthaltene Ziele bereits in dem einen oder anderen Staat verwirklicht seien. Zudem könne der Mitgliedsstaat wählen, in welcher gesetzgeberischen Form er die Richtlinie ausführen wollen. Dabei werde er die Form vorziehen, die ihm in seiner Rechtsordnung für das betreffende Rechtsgebiet am geeignetsten erscheine. Zu Recht weist ECKERT darauf hin, daß sich bei der Ausführung der detaillierten Richtlinien deshalb immer noch erhebliche Unterschiede ergeben, so daß die Richtlinie sich weiterhin deutlich von der in allen Details verbindlichen und unmittelbar wirksamen Verordnung unterscheide.

Dank der weiten Auslegung des Art. 189 Abs. 3 bildet die Richtlinie eine durchaus elastische und wirksame Handhabe, um auf eine Angleichung der staatlichen Berufsrechte hinzuwirken. Vor allem macht sie es möglich, in bestimmten Fällen sehr genau festzulegen, welche staatlichen Vorschriften eingeschränkt, aufgehoben oder welche neuen Bestimmungen ins staatliche Recht eingeführt werden sollen.

Es erscheint deshalb weder notwendig noch zulässig, durch eine Vertragsrevision gem. § 235 EWG dem Rat auch Verordnungskompetenz im Niederlassungsrecht zu verleihen, wie es einmal vorgeschlagen wurde[1].

---

1) VERLOREN VAN THEMAAT, OPHÜLS-Festschrift, S. 254 und BB 62, 1132.

Wenn der Rat bislang nicht auf allen Gebieten des Berufsrechts und zu den im Allgemeinen Programm angegebenen Terminen die Rechtsangleichungs-Richtlinien erlassen hat, so liegt das nicht am Instrument der Richtlinie, sondern an den besonders schwierigen und langwierigen Vorarbeiten innerhalb der Kommission[1]. Dieselben Verzögerungen würden sich bei der Ausarbeitung von Verordnungen ergeben. Folglich ist es nicht gerechtfertigt, von einem "relativen Mißerfolg des Systems der Richtlinie"[2] zu sprechen. Im Gegenteil zeigt die bisherige Praxis des Rates und der Mitgliedsstaaten bei Erlaß und Durchführung der Richtlinien, daß diese durchaus geeignet sind, ein weitgehend angeglichenes Recht innerhalb der EWG zu schaffen[3].

3. Abschnitt

Probleme der Koordinierung von Berufsregelungen

§ 6: Allgemeine Probleme der Rechtsangleichung

Jegliche Rechtsangleichung steht vor Schwierigkeiten, die sich aus der unterschiedlichen sozialen Struktur der Staaten ergeben oder

---

1) Vgl. dazu oben S. 11 ff. und S. 17 ff.

2) WOHLFAHRTH, Juristenjahrbuch 3, S. 249.

3) Vergl. etwa die Ausführungsgesetze in der BRD zur Gewerbeordnung ("Verordnung zur Veränderung der Verordnung über die Ausübung des Reisegewerbes durch Ausländer" vom 3.8.1965, BGBl. I, 668; "Gesetz zur Durchführung der EWG-Richtlinien über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr vom 13.8.1965, BGBl. I, 849 ff.) und zur Handwerksordnung ("Verordnung über die für Staatsangehörige der übrigen Mitgliedstaaten geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle" vom 4.8.1966, BGBl. I, 469.).

auf historischen und traditionellen Bindungen beruhen[1]. Gerade die Verschiedenartigkeit des Berufs- und Gewerberecht in den sechs EWG-Staaten erklärt sich aus der Geschichte dieser Länder, in deren Verlauf sich bestimmte Berufsbilder geformt oder Vorstellungen verschiedener Berufstypen gebildet haben[2]. Derartige Unterschiede können zwar juristisch durch neue Gesetze oder Verordnungen beseitigt werden; wirtschaftlich oder politisch wäre das jedoch nicht in allen Fällen vertretbar.

Bei der Erörterung dieser Schwierigkeiten wird meist als Beispiel für die Unterschiedlichkeit des "gewachsenen" Berufsrechts die Gestaltung des Handwerksrechts in den sechs EWG-Staaten genannt[3]. In der Bundesrepublik kann nur ein Handwerker mit dem "großen Befähigungsnachweis" einen handwerklichen Betrieb leiten, § 7 Handwerksordnung[4]. Außerdem geht das deutsche Gesetz von einem bestimmten Berufsbild des Handwerkers aus; er muß ein Gewerbe "handwerksmäßig" betreiben und einer der im Gesetz genannten Berufsgruppen angehören (vgl. § 1 Abs. 2 Handwerksordnung und die Anlage A des Gesetzes). Das

---

1) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 132; BAUMANN, Landesreferate S. 168; EVERLING in Komm. Wohlfahrt/Everling / Glaesner/Sprung Anm. 3 Art. 1oo; BRÜHNEMANN, a.a.O. S.69

2) EVERLING, Aktuelle Fragen Beiheft ZHR Nr. 29 S. 82.

3) Vgl. Anm. 2.

4) Vgl. § 1 Abs. 2 Handwerksordnung und die Anlage A des Gesetzes.

Berufsbild des Handwerkers wird damit scharf abgegrenzt von dem des Industrie-, ja sogar Facharbeiters.

In den übrigen Mitgliedstaaten unterscheidet das Gesetz nicht streng zwischen Handwerks- und Industriearbeit. Maßgebend für die Einordnung als Industrie- oder Handwerksbetrieb ist zum Beispiel in Frankreich nicht die Art der Tätigkeit, sondern die Zahl der Beschäftigten.[1] Betriebe bis zu einer bestimmten Beschäftigtenzahl gelten als Handwerksbetriebe, während eine darüber hinausgehende Beschäftigtenzahl den Betrieb zum Industriebetrieb macht. In Deutschland dagegen sind auch solche Unternehmen Handwerksbetriebe, wenn sie "handwerksmäßig betrieben werden" (z.B. große Bauunternehmungen mit 300 bis 500 Beschäftigten).[2] Einen großen Befähigungsnachweis kennen die übrigen EWG-Staaten nicht.[3]

Eine Angleichung des Handwerksrechts müßte die Anpassung an eines der beiden Systeme zum Ziele haben, d.h. der deutsche Gesetzgeber müßte auf den Befähigungsnachweis verzichten, oder die anderen Staaten müßten ihn in ihr Berufsrecht aufnehmen. Die Gesetzesänderung wäre sowohl in der BRD als auch in den anderen Staaten in erster Linie eine politische Entscheidung[4], weil "in einen von bewahrenden und erhaltenden Kräften gehegten Bezirk" eingegriffen würde.[5]

---

1) EVERLING, Aktuelle Fragen Beiheft Nr. 29 ZHR S. 68
2) Vergl. § 1 Abs 2 der Handwerksordnung
3) EVERLING, ebenda S. 82
4) NICOLAYSEN, Beiheft Nr. 29 S. 104
5) ALDER a.a. O. S. 52

Abgesehen von den juristischen Problemen stößt ein Vorhaben wie die Rechtsangleichung auch auf erhebliche praktische Schwierigkeiten. Es genügt nämlich nicht, daß in der Gemeinschaft eine formale Angleichung der einzelstaatlichen Berufsrechte erreicht wird; vielmehr muß das neu geschaffene Recht für jeden Marktbürger auch effektiv die gleichen Bedingungen schaffen, d.h. es muß inhaltlich gleich sein[1]. Zurecht spricht FREY[2] in diesem Zusammenhang von einer"mühevollen Kärrner-Arbeit, die der königliche Bau einer Rechtsgemeinschaft" fordere. Für jede Berufssparte müßten rechtsvergleichende Studien angestellt werden; denn es gelte, die beste in einem Mitgliedstaat bestehende Lösung zu übernehmen oder aus den einzelstaatlichen Regelungen die sinnvollste gemeinschaftsrechtliche Regelung zusammenzustellen[3].

Es müssen weiterhin gemeinsame Vorstellungen von den Berufen und ihrer künftigen rechtlichen Ausgestaltung in der EWG entwickelt werden. Ohne ein "europäisches Bewußtsein" wird materiell keine Rechtsangleichung erreicht werden[4]. Man kann nicht - etwa um der Gleichmacherei willen - den Mitgliedstaaten fremde und ungewohnte Berufsordnungen aufzwingen, sondern muß politisch die Ausgangslage dafür schaffen, daß juristisch eine gemeinsame Regelung gefunden werden kann.

Die Beharrungstendenzen gerade im Berufs- und Gewerberecht erklären sich aus dem Widerstand gegen

---

1.) FREY, Hallstein-Festschrift S. 162; LUTTER, NJW 66 S. 275 r.Se.

2.) Vgl. Anm. 1

3.) FREY, Hallstein-Festschrift S. 177

4.) MEYER-CORDING, ArchVR Bd. 10 S. 45 bis 47; SANNWALD-STOHLER, Wirtschaftliche Integration, S. 221, NICOLAYSEN, Aktuelle Fragen S. 104 ff., BRÜHNEMANN, a.a.O., S. 69 Fußn. 32

die Beschäftigung von Ausländern, den Antipathien, die sich aus Unterschieden der Sprache, Religion und Geschihhte ergeben, und schließlich der Befürchtung, die Zulassung der Niederlassung fremder Staatsangehörigerwerde eine existenzgefährdende Konkurrenz für die heimischen Berufsträger mit sich bringen.[1)]

Diese Hemmnisse werden daher in dem Maße nachlassen, in dem der wirtschaftliche und politische Zusammenschluß der Sechsergemeinschaft immer festere Formen annimmt. Eine übereinstimmende Wirtschaftspolitik setzt nicht nur gleiches Recht in den Partnerstaaten voraus,sondern formt es oft erst, indem sie neuartige, überall in der Gemeinschaft auftretende Wirtschaftsverhältnisse schafft, die einer einheitlichen gesetzlichen Regelung bedürfen.[2)]

Wenn auf der einen Seite eine geistige Übereinstimmung für den Zusammenschluß und die Rechtsangleichung gefordert wird, auf der anderen Seite aber das Ziel der EWG in einem globalen Zusammenschluß, in einer menschlichen Gesellschaft gesehen wird, dann zeigt sich darin eine Wechselwirkung zwischen der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes und der Rechtsangleichung von Berufsregelungen: beide können nicht unabhängig voneinander erreicht werden [3)].

Mit Hilfe der als Koordinierung, Harmonisierung oder Rechtsangleichung bezeichneten Rechtsannäherung oder Rechtsvereinheitlichung wird sich allmählich auf allen Wirtschaftsgebieten das erforderliche gemeinsame Rechtsbewußtsein bilden.

---

1) SANNWALD-STOHLER, Wirtschaftliche Integration S. 198

2) EVERLING, Aktuelle Fragen, Beiheft 29 ZHR S. 89

3) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 110 und Beiheft 29 ZHR S. 89

Der Zusammenschluß der Partnerstaaten kann somit durch die Anpassung des Berufs- und Gewerberechts gefördert werden. Andererseits ist eine nicht nur formale Rechtsangleichung ohne vorherige "allgemeine Rechtsüberzeugung" [1] nicht durchführbar. Die Koordinierung des Berufsrechts nach Art. 57 ist ein Teil der Integration, ein Mittel des Zusammenschlusses: Sie ist zum anderen aber ohne vorheriges Näherrücken der Staaten nicht denkbar.

Man darf in dieser Wechselbeziehung kein dauerndes Hindernis für die Rechtsannäherung sehen, etwa mit der Begründung, es könne kein Schritt getan werden, ohne daß zuvor die geistige, wirtschaftliche und politische Grundlage dazu gelegt worden sei. Vielmehr besteht hier eine fruchtbare Wechselwirkung, von der gegenseitige Impulse auf ein und dasselbe Ziel - die wirtschaftliche Einheit Europas - ausgehen.

Man kann auch nicht fordern, es sollten nach Art. 57 zunächst die Ausländerbeschränkungen aufgehoben werden, dann werde sich in einem einheitlichen Markt auch ein einheitliches Berufs- und Gewerberecht bilden [2]. Zwar wäre eine derartige Methode bei allen nicht in Art. 57 Abs. 3 erwähnten Berufen möglich, da für sie kein zwingendes Junktim zwischen Koordinierung und Aufhebung von Diskriminierungen vorgesehen ist; jedoch würde man damit die Gefahr heraufbeschwören, daß Marktbürger und Mitgliedstaaten sich mit der bestehenden Rechtsungleichheit abfinden und die Koordinierung im wesentlichen ausbleibt.

---

1) EVERLING, Beiheft 29 ZHR S. 89

2) Vgl. dazu "La pharmacie dans le Marché Commun", S. 8

§ 7: Art und Umfang der Koordinierung nach Art. 57 Abs. 2 und 3

Die Frage, wie und in welchem Umfang die Berufsregelungen koordiniert werden sollen, müßte ihre Antwort in Art. 57 finden. Dort heißt es in Abs. 1 u. a.: "um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern..." und in Abs. 2 : "...erläßt der Rat Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften ...". Die Methode der Koordinierung wird vom Vertrag nicht näher beschrieben [1], dagegen besteht das Ziel der Rechtsangleichung nach dem Vertragswortlaut darin,"die Niederlassung freiberuflich Tätiger zu erleichtern."

Eine Verbalinterpretation ergibt, daß der Rat nur Richtlinien mit liberaler Tendenz erlassen darf, um das genannte Ziel zu erreichen. Dementsprechend wird zum Teil gefordert[2], die Rechtsangleichung müsse stets in der Anpassung aller mitgliedstaatlichen Berufsregelungen an das liberalste Niveau bestehen. Eine Richtlinie dürfte nicht bewirken, daß ein Mitgliedstaat in seinem Bereich zum Erlaß strengerer Regelungen gezwungen werde.

1) Wirtschaftsverfassung des EWG-Vertrages

Neben dem Wortsinn könnte für die Richtigkeit der oben genannten Meinung eine weiteres Argument sprechen: Wenn nämlich dem EWG-Vertrag insgesamt eine freiheitliche Wirtschaftskonzeption zugrunde

---

1) Vgl. oben S. 31 ff. und den Vertragstext im Anhang. Denselben Wortsinn haben die anderssprachigen Textfassungen "afin de faciliter", "al fine di agevolare", "te vergemakkelijken".

2) EHRING in Kommentar Groeben/Boeckh Vorbem. 1 zu Artt. 52 ff.

läge, die eine Recht-setzung der Gemeinschaft nur in Richtung auf eine immer größer werdende Freiheit wirtschaftlicher Betätigung zuließe, dann müßte das Ziel des Art. 57 darin bestehen, das Berufs- und Gewerberecht ständig zu liberalisieren.

Die Frage, ob überhaupt und ggf. welche Art von Wirtschaftsverfassung dem EWG-Vertrag zugrunde liegt, bildet seit Inkrafttreten des Vertrages eines der meistdiskutierten Rechtsprobleme der werdenden Gemeinschaft. Im wesentlichen haben sich in der Diskussion drei Ansichten herausgebildet:

Vornehmlich die deutschen Autoren sehen im Vertrag die Ideen der sozialen Marktwirtschaft verwirklicht [1]; zumindest gewährt der Vertrag ihrer Ansicht nach Wettbewerbsfreiheit in der Form eines gemäßigten Liberalismus [2].

Die Vertreter der Ansicht, die dem EWG-Vertrag das Bekenntnis zur sozialen Marktwirtschaft entnehmen zu können glauben, berufen sich vor allem auf die Vertragsbestimmungen, die den freien Wettbewerb fördern und schützen sollen.

---

1) BÜLCK, Berichte DGVR Heft 3 S. 77, 92; HALLSTEIN in Festschrift für Müller-Armack S. 275 und in RabelsZ 1964 S. 215; MÜLLER-ARMACK, Harmonisierung des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts der GmbH in Europa S. 5 und 7.

2) ZWEIGERT, Festschrift für Dölle S. 403; VON DER GROEBEN in WuW 1961 S. 374 ff; EVERLING in Kommentar Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung Anm. 6 zu Art. 104; von BOECKH, Recht der internationalen Wirtschaft Bd. 3 S. 129 ff. (133).

Die französischen Autoren wollen dem EWG-Vertrag das Bekenntnis zu der in Frankreich bestehenden Wirtschaftsordnung, vor allem zu der dort geübten "planification", entnehmen [1].

Eine vermittelnde Haltung nehmen die Organe der EWG und deren Mitglieder selbst ein; nach ihrer Ansicht bekennt sich der Vertrag weder eindeutig zur "planification démocratique" französischen Stils noch zur "sozialen Marktwirtschaft" deutscher Prägung [2].

NIPPERDEY [3] hat das Wesen der sozialen Marktwirtschaft in einer knappen Formel dahingehend zusammengefaßt, daß sie eine "Wirtschaftsverfassung sei, in der auf der Grundlage der Wettbewerbsfreiheit freiheitliche und soziale Komponenten in der Weise vereint seien, daß ein Höchstmaß persönlicher Freiheit bei starker Berücksichtigung der sozialen Notwendigkeit gewährleistet sei". Der "Wettbewerb als staatliche Veranstaltung" [4] soll sich soweit wie möglich frei entfalten.

Ausgehend von diesen Wesenszügen des in der BRD herrschenden Wirtschaftssystens verweisen die Anhänger dieser Lehre insbesondere auf folgende Stellen des Vertrages, die ihnen für eine Geltung dieses Systems auch im EWG-Bereich zu sprechen scheinen: in der PRÄAMBEL (Abs. 4) des Vertrages sei die Notwendigkeit anerkannt," einen redlichen Wettbewerb

---

1) Saint-Marc, E.P. MAY 64 S. 4o ff.; Montfajon, E.P. Nr. 1 1963, S. 37 f; Massé, E.P. Nr. 1 63, S. 39; WIGHAM E.P. Nr. 5 1963, S. 32 f.;RUEFF, Festschrift Otto RIESE S. 99 ff.; OULES, Festschrift Otto RIESE S. 111 (119); so auch eine italienische Stimme, PARESCE, E.P. 1961 Nr. 5 S. 66 ff.

2) MARJOLIN, Referat zur Stellungnahme des WSA zum Aktionsprogramm der Kommission für die zweite Stufe und zum Programm für mittelfristige Wirtschaftspolitik, 37 ff. (S. 41); 8. Gesamtbericht der Kommission S. 152; 1o. Gesamtbericht S. 32 ff.; HALLSTEIN, Referat zum Aktionsprogramm, abgedruckt in Stellungnahme des WSA S. 7 ff. (17): Der gesamte Vertrag sei" eine einzige Negation der Staatswirtschaft".

3) GÜNTHER, WUW 63, 192

4) derselbe ebenda

zu gewährleisten" [1].

Art. 3 lit. c postuliert als eine der wesentlichen Aufgaben der Gemeinschaft die "Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen-,Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten". Unselbständig und selbständig Tätige sollen ohne Beschränkungen in jedem Partnerstaat ihren Beruf ausüben können, also in einem ungehinderten Wettbewerb miteinander stehen. Des weiteren verpflichtet Art. 3 lit. f die Gemeinschaft, ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt. Damit unterstreicht der Vertrag die Notwendigkeit, für alle Marktbürger und Unternehmen gleiche Wettbewerbsvoraussetzungen zu schaffen.

Art. 85 bis 9o verbieten wettbewerbsbeschränkende Kartelle und Monopole; staatliche Beihilfen, die insbesondere wettbewerbsverfälschend wirken können, sind - von bestimmten Ausnahmen abgesehen - untersagt (Art. 92 bis 94). Damit unterschiedliche Steuern in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht zu Wettbewerbsverfälschungen führen können, sind die Steuervorschriften einander anzugleichen (Art. 94 bis 99) [2].

Schließlich erklärt es Art. 3 lit. 1 zur Gemeinschaftsaufgabe, einen europäischen Sozialfonds zu schaffen " um die Beschäftigungsmöglichkeit der Arbeitnehmer zu verbessern und zur Hebung der Lebenshaltung beizutragen". Die näheren Einzelheiten dazu finden sich in den Art. 123 bis 128 ff., Titel III (die Sozialpolitik). Darüber hinaus sollen gemäß den Bestimmungen der Art. 117 bis 112 die Sozialordnungen innerhalb der Mitgliedstaaten

---

1) VON DER GROEBEN, WuW 1961, S. 375

2) Es lassen sich noch weitere Beispiele anführen, auf die im einzelnen einzugehen hier aber zu weit führen würde (vgl. die Aufzählung bei GÜNTHER, WuW 63, 291 ff.).

verbessert und einander angeglichen werden. Art. 92 Abs. 2 lit a - c und Abs. 3 lit a sowie Art. 130 lit a sehen Verbesserungsmöglichkeiten für die Wirtschaft rückständiger Gebiete innerhalb der Gemeinschaft vor.

Die aufgezählten Vertragsbestimmungen besagen zumindest, daß die Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs sowie die Verbesserung der sozialen Verhältnisse wichtige Vertragsziele sind. Ob sie darüber hinaus zu dem Schluß zwingen, dem Vertrag liege das Prinzip der sozialen Marktwirtschaft zugrunde, ist zweifelhaft, weil sich auch für die Gegenansicht, der EWG-Vertrag bevorzuge offensichtlich dirigistische Wirtschaftsmaßnahmen, Vertragsbestimmungen anführen lassen. Um dies zu verdeutlichen, soll das Wirtschaftssystem der Planifikation kurz charakterisiert werden. Die Instrumente dieses Systems sind im wesentlichen folgende: [1]

1.) Festlegung einer optimalen Wachstumsrate im Plan,
2.) Festsetzung von Preisen für Grundstoffe und Mengenkontingentierung bestimmter Güter,
3.) Steuerung der Investitionen durch Kontrolle der Finanzierung und durch Rohstoff- und Devisenteilungen,
4.) Steuerung der Kredit-, Zins- und Kapitalmarktpolitik,
5.) steuerpolitische Maßnahmen (Abschreibefreiheit, Steuerstundung oder Steuererlaß),
6.) Anreize zur Kartell- und Konzentrationsbildung.

Anklänge an eine staatlich gelenkte (d.h. in der EWG von den Gemeinschaftsorganen gesteuerte) Wirtschaft

1) Vgl. GÜNTHER, WuW 63, 162 f.

finden sich in folgenden Vertragsbestimmungen: Art. 3 g erklärt es zur Gemeinschaftsaufgabe, Maßnahmen zur Koordinierung der staatlichen Wirtschaftspolitik zu treffen. Nach Art. 6 sind die Mitgliedstaaten auch selbst gehalten, in Zusammenarbeit mit den Gemeinschaftsorganen ihre Wirtschaftspolitik, soweit dies zur Verwirklichung der Vertragsziele erforderlich ist, zu koordinieren. Art. 103 schließlich bestimmt noch konkreter, daß der Rat auf Vorschlag der Kommission Maßnahmen im Bereich der Konjunkturpolitik erlassen kann [1]. Nach Art. 111 koordinieren die Mitgliedstaaten während der Übergangszeit ihre Handelspolitik; danach wird die gemeinsame Handelspolitik nach einheitlichen Grundsätzen gestaltet, über die der Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließt, Art. 113. Insoweit erhalten die Gemeinschaftsorgane also eine Kontrollmöglichkeit über die Wirtschaft der 6 Mitgliedstaaten [2].

Andere wirtschaftslenkende Maßnahmen verbietet der Vertrag nicht [3]; auch staatliche Sozialisierungsmaßnahmen sind möglich, weil die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten gem. Art. 222 ausdrücklich unberührt bleiben. Jeder Staat kann die in seinen Grenzen bestehende Eigentumsordnung deshalb nach Belieben ändern, also etwa einen Wirtschaftszweig sozialisieren [4]. Der Vertrag enthält auch kein Verbot, den Einsatz von Arbeitskräften oder Investitionen zu lenken [5].

Die genannten Vertragsbestimmungen haben eines gemein: Sie lassen zwar planwirtschaftliche Maßnahmen

---

1) Vgl. OULÈS, Les raisons de la planification économique au niveau européen, S. 111 ff. (119) RIESE-Festschrift

2) Vgl. WOHLFARTH in Kommentar WOHLFARTH Anm. 9 zu Art. 3

3) EVERLING in Kommentar WOHLFARTH Anm. 6 zu Art. 104

4) WOHLFARTH in Kommentar WOHLFARTH Anm. 1 zu Art. 222

5) EVERLING in Kommentar WOHLFARTH Anm. 6 zu Art. 104

der Gemeinschaftsorgane oder eines Mitgliedstaates in seinem Gebiet zu, schreiben diese aber nicht vor. So kann z.B. Art. 222 nicht entnommen werden, der EWG-Vertrag befürworte eine Verstaatlichung großer Unternehmen; vielmehr stellt die Bestimmung nur klar, daß die Gemeinschaftsorgane in die in einem Mitgliedstaat bestehende Eigentumsordnung nicht eingreifen dürfen. Es können also in der Gemeinschaft durchaus Staaten mit überwiegend sozialisierter Wirtschaft neben solchen mit vorwiegend privatisierter Wirtschaft bestehen. Der Vertrag bestimmt auch nicht näher, welche Maßnahmen die EWG-Organe zur Koordinierung der Konjunktur und der Handelspolitik im einzelnen ergreifen sollen. Eingriffe der Gemeinschaftsorgane können also ebensogut mit marktkonformen wie mit dirigistischen Mitteln durchgeführt werden, wenn sich der Erfolg wirtschaftlich auf beiden Wegen erreichen läßt [1].

Die bisherigen wirtschaftspolitischen Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane und die Erklärungen ihrer maßgeblichen Vertreter dazu lassen darauf schließen, daß für die Gemeinschaft eine Kompromißlösung zwischen den beiden Wirtschaftsordnungen der sozialen Marktwirtschaft in der BRD und der Planifikation in Frankreich angestrebt wird.

Ein bedeutsames wirtschaftspolitisches Bekenntnis legte die EWG-Kommission im "Aktionsprogramm für die zweite Stufe" [2] ab; das Programm stellte einen Arbeitsplan der Kommission, praktisch ihr Regierungsprogramm, dar, in dem sie Ziele, Zeitfolge und Gründe für die Maßnahmen der Organe während der zweiten Stufe der Übergangszeit aufführte.

---

1) EVERLING in Kommentar WOHLFARTH Anm. 6 zu Art.lo4

2) Siehe "Memorandum der Kommission über das Aktionsprogramm für die zweite Stufe vom 24.lo. 1962", herausgegeben von "Veröffentlichungsstellen der europäischen Gemeinschaft", CES ZB 4/63.

Kurze Zeit nach Veröffentlichung des Aktionsprogramms unterbreitete die Kommission dem Rat einen Vorschlag zu einer mittelfristigen Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft [1]. Beide Veröffentlichungen verursachten eine heftige Diskussion. Auf Ablehnung durch Verfechter der Lehre von der sozialen Marktwirtschaft stieß besonders die These im Memorandum, daß die moderne freiheitliche Wirtschaftsordnung nicht bestehen könne ohne "eine ständige Präsenz des Staates in der Wirtschaft" [2]. Mißbehagen verursachten auch die Wendungen "Programm" oder "europäische Programmierung" [3], obwohl die Kommission bereits im Aktions-Programm selbst [4] und später in Referaten ihrer Mitglieder [5] darauf hinwies, daß sie keinen autoritären Plan im Sinne der Planwirtschaft hatte aufstellen wollen, sondern eine Gesamtschau der voraussichtlichen wirtschaftlichen Entwicklung als Richtschnur und Orientierung [6] für die künftigen Beschlüsse des Rates und der Kommission geben wollte.

Die wirtschaftspolitische Einstellung der Kommission lassen vor allem die Ausführungen in der Einleitung sowie im VII. Kapitel ("Wirtschaftspolitik") des Aktions-Programms erkennen. Erwähnt wurde schon das Schlagwort von der notwendigen "ständigen Präsenz des Staates in der Wirtschaft" [7].

---

1) So der Berichterstatter im WSA BEUTLER, Einführung in Stellungnahme WSA S. 9o ff.
2) Vgl. Stellungnahme des WSA zum Aktionsprogramm S. 8 ff. (Referat HALLSTEIN) und S. 37 (Referat MARJOLIN)
3) a.a.O. S. 63
4) Seite 61 ff (63) in Stellungnahme WSA zum AP
5) Referat HALLSTEIN S. 8 ff. Stellungnahme WSA; Referat MARJOLIN S. 37 ebenda 18; AP S. 9 Ziff. 5.
6) Vgl. Anm. 5
7) Vgl. oben und Anm. 2

Es entstammt der nüchternen Erkenntnis, daß eine liberalistische Wirtschaft ohne jegliche Beschränkung oder Einwirkung öffentlicher Gewalt nicht mehr denkbar ist. Der Staat schafft den rechtlichen Handlungsrahmen für die wirtschaftliche Betätigung des einzelnen oder der Unternehmen, und er betreibt selbst eine Wirtschaftspolitik, die sich, wie HALLSTEIN treffend formuliert hat [1], "nicht nur auf das Zuschauen beschränkt". Die Gemeinschaft, so hat Hallstein weiter gefordert, müsse nun ihrerseits einen Handlungsrahmen für die Wirtschaftspolitik der 6 Staaten schaffen, eine mehrere Jahre umfassende Übersicht über ihre künftige Entwicklung, in der sich staatliche und gemeinschaftliche Wirtschaftsmaßnahmen ergänzen [2]. Diese Gesamtschau könne als "Programm" bezeichnet werden. Eine derartige Programmierung sei weit entfernt davon, zur Wettbewerbspolitik in Widerstreit zu treten. Sie müsse im Gegenteil alle geeigneten Mittel einsetzen, um den aktiven Wettbewerb überall dort wiederherzustellen, wo er verschwunden sei oder sich abgeschwächt habe [3].

Das Programm müsse die staatlichen Eingriffe in die Wirtschaft koordinieren, um den Wettbewerb produktiver zu gestalten [4]. Die gemeinschaftliche Wirtschaftspolitik müsse sich kurzfristiger Maßnahmen über einen Zeitraum von 12 bis 18 Monaten und langfristiger Maßnahmen mit einer Dauer von mehreren Jahren bedienen [5].

---

1) HALLSTEIN Stellungnahme WSA S. 16

2) AP S. 61, Ziff. 96

3) AP S. 62/63 Ziff. 103

4) Stellungnahme der Kommission im achten Gesamtbericht, S. 152

5) AP S. 57, Ziff. 88

Um die Bedenken der Verfechter der Lehre einer freien Wettbewerbswirtschaft zu zerstreuen, hat die Kommission dieses Programm später schlicht "Empfehlung für eine mittelfristige Wirtschaftspolitik" genannt [1]. Inzwischen ist man gegenüber dem Begriff Programm unempfindlicher geworden, nachdem auch in der Bundesrepublik eine Programmierung für mittelfristige Finanzpolitik praktiziert worden ist. Der Rat der EWG fordert in seiner Empfehlung vom 2o. 12. 1966 [2] u. a. auch Programme für zusätzliche öffentliche Investitionen. Der Ausschuß für mittelfristige Wirtschaftspolitik - ein Unterausschuß des WSA - arbeitet zur Zeit an einem Vorentwurf für ein zweites mittelfristiges Wirtschaftsprogramm, das die Zeit von 1968 bis 1972 erfassen soll [3]. Mittelfristige Wirtschaftsperspektiven gehören jetzt in allen Mitgliedstaaten zum Instrumentarium staatlicher Wirtschaftspolitik und müssen deshalb in der Gemeinschaft koordiniert werden [4].

In seiner Stellungnahme zum allgemeinen Programm und zur mittelfristigen Wirtschaftspolitik sowie der Mitteilung zur währungs- und finanzpolitischen Zusammenarbeit bekennt sich der Wirtschafts- und Sozialausschuß zu den "westlichen Wirtschaftssystemen" [5]. Der Vertrag beruhe auf der Marktwirtschaft, so daß ein System der totalitären Lenkung schon mit der demokratischen Lebensform aller EWG-Staaten unvereinbar sei [6].

---

1) MARJOLIN Referat vor WSA, Stellungnahme WSA S. 61

2) Amtsbl. Nr. 241, 28. 12. 1966

3) Vgl. WSA Stellungnahme S. 227

4) Erster Gesamtbericht der Gemeinschaften 1967, S. 129, Ziff. 114

5) Erster Gesamtbericht der Gemeinschaften 1967, S. 131, Ziff. 115

6) Stellungnahme WSA, S. 226 (Ziff. 8 zu Kap. IIIX, Wirtschaftspolitik unter Ziff. 1)

Wettbewerb und Freiheit wirtschaftlicher Betätigung seien Ordnungsprinzipien des gemeinsamen Marktes [1]. Allerdings müsse sich der Wettbewerb in den Rahmen des Vertragszieles, insbesondere des Art. 2 einfügen. Er dürfe auch nicht den sozialen Fortschritt hemmen [2].

Der Wirtschafts- und Sozialausschuß nennt damit die beiden Komponenten der sozialen Marktwirtschaft als Merkmale einer gemeinsamen Wirtschaftspolitik. Gegen dirigistische Anklänge im Aktionsprogramm wendet er sich, indem er statt des Begriffs "diriger" "guider" statt "fördern""organisieren" verwenden will [3]. Staatliche Interventionen seien allerdings nicht grundsätzlich ausgeschlossen [4]. Die Gemeinschaft müsse ein gemeinsames Finanzprogramm für das Investitionsvolumen aufstellen, dürfe aber keinen Investitionsdirigismus aufkommen lassen [5]; die Untersuchungen nach Wirtschaftsbereichen dürften nicht Grundlage eines Plans sein, der die Freiheit der Wirtschaftsobjekte einschränke [6]. Auch die Aktivierung in der Regionalpolitik müsse sich einfügen in den Rahmen einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung [7].

Aus diesen Zitaten geht hervor, daß sich Kommission und Wirtschafts- und Sozialausschuß für die EWG nicht ausdrücklich zu einem bestimmten der in den 6 Mitgliedstaaten geltenden Wirtschaftskonzepte bekennen, wenn auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß offenbar der Lehre von der sozialen Marktwirtschaft zuneigt. Die beinahe neutral zu nennende Haltung

---

1) a.a.O. Seite 125 (Stellungnahme zu Kapitel II, Wettbewerb Ziff. 23)

2) a.a.O. Seite 137, Ziff. 46

3) a.a.O. S. 154, Ziff. 54

4) a.a.O. S. 226, Stellungnahme zu Kapitel IIIX Ziff.1

5) a.a.O. S. 24o

6) a.a.O. S. 244

7) a.a.O. S. 245

der Gemeinschaftsorgane in dieser Frage wird auch verständlich, wenn man die allgemein gehaltene Formulierung in den Art. 103 ff., insbesondere in Art. 104, betrachtet.

Als Ziele der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten werden dort genannt:
Wahrung eines hohen Beschäftigungsstandes und eines stabilen Preisniveaus, Sicherung des Gleichgewichts der Zahlungsbilanz, Aufrechterhaltung des Vertrauens in die Währung.

Da Art. 104 die oberste Regel für alles wirtschaftspolitische Handeln der Mitgliedstaaten innerhalb oder außerhalb der Organe der Gemeinschaft bildet [1], legt er den Mitgliedstaaten zwar insoweit eine Verpflichtung auf [2]. Der Rahmen, innerhalb dessen der Mitgliedstaat dieser Verpflichtung nachkommen kann, ist jedoch weit. Um die oben genannten Ziele zu erreichen, kann er sich aller Mittel bedienen [3]; denn die Art der Mittel schreibt Art. 104 bezeichnenderweise nicht vor.

Verfehlt wä-re es allerdings, aus der Tatsache, daß der EWG-Vertrag kein eindeutiges Bekenntnis zu einem bestimmten Wirtschaftssystem enthält, zu schließen, der Vertrag sei wirtschaftspolitisch völlig neutral und lasse jede Wirtschaftspolitik zu [4]. Es verbietet sich nämlich, insoweit eine Parallele zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [5] zu ziehen, die besagt, daß dem Grundgesetz kein wirtschaftspolitisches Konzept zugrunde liege, vielmehr der Gesetzgeber im Rahmen des Grundgesetzes jede zweckmäßige Wirtschaftspolitik verfolgen könne.

---

1) EVERLING im Kommentar WOHLFARTH Anm. 2 zu Art. 104
2) Derselbe daselbst Anm. 4 zu Art. 104
3) Derselbe daselbst Anm. 5 zu Art. 104
4) MESTMÄCKER, "Offene Märkte", Festschrift BÖHM S. 382/390
5) BVerfGE Band 4, 7 ff. (17,18); Band 12, S. 354 ff. (363 f.)

Anders als eine staatliche Verfassung, die den rechtlichen Rahmen für das Handeln aller Staatsorgane in allen Bereichen bildet und folglich allgemein gehalten ist, stellt der Vertrag zur Gründung der EWG in seinem Wesen eine Marktverfassung dar [1], die nur auf die Errichtung, Gestaltung und den Schutz eines gemeinsamen Marktes abzielt.

Naturgemäß enthält eine solche Marktordnung detaillierte Bestimmungen darüber, wie der Markt konzipiert und ausgestaltet sein soll. Um solche Bestimmungen zu schaffen, mußten die Schöpfer der Marktordnung gemeinsame Vorstellungen von der Art des zu errichtenden Marktes entwickeln. Diesen Vorstellungen wiederum lagen wirtschaftspolitische Ideen zugrunde, die in der Konzeption des Vertrages ihren Niederschlag gefunden haben [2]. Der EWG-Vertrag kann deshalb allenfalls insoweit wirtschaftspolitisch "neutral" sein, als er nicht eindeutig eine der 6 Marktordnungen seiner Partnerstaaten übernommen hat oder als gemeinschaftliche Marktordnung postuliert. Er ist sicher nicht soweit neutral, daß er etwa auch eine Planwirtschaft kommunistischen Musters zuließe.

Als Ergebnis kann deshalb festgehalten werden: Der Gemeinsame Markt besitzt kein bis ins einzelne ausgest-altetes Wirtschaftskonzept. Ihm liegen jedoch die Ideen einer liberalen, auf ungehinderten

---

1) MESTMÄCKER, "Offene Märkte ...." in Festschrift BÖHM S. 346 spricht von "rechtlicher Verfassung des politischen Gemeinwesens" als der Aufgabe der staatlichen Verfassung.
vgl. auch SCHLOCHAUER, Hallstein-Festschrift S. 438.

2) MESTMÄCKER, Festschrift für BÖHM S. 382.

Wettbewerb ausgerichtete Marktwirtschaft zugrunde [1]. Ein wichtiges Ziel des Gemeinsamen Marktes bildet darüber hinaus die Verbesserung der sozialen Zustände. Welche Mittel die Gemeinschaftsorgane oder die Mitgliedstaaten im Einzelfalle anwenden, um die oben genannten Ziele zu erreichen, steht ihnen - abgesehen von den im Vertrag enthaltenen Sonderbestimmungen für bestimmte Wirtschaftsgebiete - frei.

Der Vertrag gewährt ihnen insoweit einen Ermessensspielraum; er läßt auf der einen Seite planwirtschaftliche Maßnahmen - etwa nach dem Muster der Planifikation - auf der anderen Seite ungehinderten Wettbewerb - etwa im Sinne der Lehre von der sozialen Marktwirtschaft - zu .

2) Rechtsangleichung auf liberaler oder restriktiver Basis

Für die Ausgangsfrage, wie und in welchem Umfang das Berufsrecht der freien Berufe koordiniert werden müsse, ergibt sich deshalb folgendes:

Der Gemeinschaft und ihren Organen steht es frei, die Koordinierungsmaßnahmen entsprechend den Erfordernissen des Einzelfalles so zu wählen, daß die wirtschaftlich sinnvollste Regelung getroffen wird.

---

1) EVERLING in Kommentar Wohlfahrt Anm. 6 zu Art. 1o4
NICOLAYSEN Beiheft 29 S. 1o2 ff. (mit Einschränkungen; GAUDET, ZHR 124 S. 7o; BRÜHNEMANN, die Niederlassungsfreiheit von Versicherungen im Gemeinsamen Markt S. 63 ff.
MESTMÄCKER, Beiheft Nr. 29 ZHR S. 118 (Diskussionsbeitrag) und in Festschrift für Franz BÖHM S. 367, 382; von BOECKH, Recht der internationalen Wirtschaft, Band 3 S. 129 ff. (ff.); AUDINET, S. 1o44 (idéologie liberale).
STEINDORFF, ZHR 124, S. 186 und 212
SCHLOCHAUER, Hallstein-Festschrift S. 44o

Der EWG-Vertrag verpflichtet die Gemeinschaftsorgane nicht, stets die liberalsten Regelungen als Richtmaß zu nehmen [1], um das staatliche Recht einander anzugleichen.

Denkbar ist vielmehr auch, daß sich eine Rechtsangleichung nur auf restriktiver Grundlage erreichen läßt, weil die Mitgliedstaaten mit strengem Berufsrecht nicht auf ihre Regelungen verzichten wollen, während die Staaten mit liberalem Berufsrecht eher Restriktionen auch für ihre eigenen Staatsangehörigen in Kauf nehmen, als bei einem Wegfall der Ausländerdiskriminierungen einem Ansturm ausländischer Niederlassungswilliger ausgesetzt zu sein. Dem steht auch nicht der Gedanke des Vertrags entgegen, daß Maßnahmen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts stets die größtmögliche Effektivität zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für alle Marktbürger besitzen müssen. Es wurde ausgeführt [2], daß nicht immer ein möglichst freies Berufsrecht die Faktormobilität innerhalb der EWG begünstigt, sondern vor allem ein weitgehend angeglichenes Recht. Nur unterschiedliches Niederlassungsrecht beeinflußt den Austausch freiberuflich Tätiger in dem ungünstigen Sinne, daß eine Abwanderung zu Staaten mit liberaler Regelung einsetzen kann.

Es ist daher kein Grund dafür ersichtlich, daß Maßnahmen des Rates nach Art. 57 auf eine immer größere Liberalisierung des Niederlassungsrechts hinwirken müßten. Das würde auch zu unerwünschten Konsequenzen führen: Eine Angleichung an das liberalste Niveau würde in vielen Fällen

---

1) NICOLAYSEN, Beiheft 29 ZHR S. 103
So eine im Vordringen befindliche Meinung: BAUMANN, Landesreferate S. 174 f.; AUDINET, Journal du Droit International (Clunet) 1959 S. 1044 f.; EVERLING, Beiheft 29 ZHR S. 75; NICOLAYSEN, Beiheft 29 ZHR S. 98 ff.; SCHLACHTER, Persönlichkeitsrechtliche Fragen im Gemeinsamen Markt S. 70.

2) Vgl. oben S. 41 ff.

gleichbedeutend sein mit dem Abbau aller Niederlassungsregelungen überhaupt [1]; denn da für zahlreiche Berufssparten wenigstens in einem der Partnerstaaten keine Zulassungsbeschränkungen gelten [2], wäre das liberalste Niveau, an das die Berufsregelungen angepaßt werden müßten, die Möglichkeit eines ungehinderten Zugangs zum Beruf. Bedenkt man, daß in den Staaten mit strengerem Berufsrecht diese Berufe ein wichtiger Bestandteil der politischen und gesellschaftlichen Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit sein können [3], so würde eine derartige Rechtsangleichung einen tiefen Einschnitt in die Ordnung jener Staaten bedeuten. Diese Konsequenz können die Vertragsschließenden nicht gewollt haben [4]. Zweck des Art. 57 ist es, das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten [5]; dazu ist eine liberale Tendenz sinnvoll, aber nicht unumgänglich notwendig.

Ist es aber nach Art. 57 nicht erforderlich, zu einem koordinierten Berufsrecht durch Angleichung an die liberalste Regelung zu gelangen, so muß es als Folge einer Kompromißlösung zwischen unterschiedlichen Zulassungsregelungen hingenommen werden, daß in einem Mitgliedstaat strengere Berufsbeschränkungen ergehen, als sie vorher bestanden. Diese Schlußfolgerung wurde früher heftig abgelehnt [6]; sie ergibt sich aber zwangsläufig, wenn man nicht

---

1) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 57; RUGGIERO- DE DOMINICIS, a.a.O. Anm. 2 zu Art. 57 (S. 444)
2) EVERLING, Beiheft 29 ZH R S. 75
3) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 57
4) GAUDET, ZHR 124 S. 7o. Anm. 1
5) RUGGIERO-DE DOMINICIS, a.a.O. Anm. 2 zu Art. 57 (S. 445)
6) EVERLING in Kommentar Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung Anm. 4 zu Art. 57; ders. BB 1958 S. 863; HALLSTEIN, RabelsZ 1964 S. 211 ff.; STRAUSS, Fragen der Rechtsangleichung ... S. 24 f.

in das Extrem eines "unbegrenzten Wirtschaftsliberalismus" [1] verfallen will. Neuerdings scheint sich die Meinung durchzusetzen, daß juristisch jede Regelung eines Mitgliedstaates, also auch eine restriktive, als Modell für die Rechtsangleichung nach Art. 57 dienen kann. Mehr ist dem Begriff der Koordinierung nicht zu entnehmen [2].

Art. 57 kann daher nur so verstanden werden, daß in der Gemeinschaft Zugang und Verbleiben in einer Beschäftigung von Beschränkungen befreit werden, die aus Gründen der Staatsangehörigkeit bestehen [3]. Nicht die Wahl und Ausübung jedes einzelnen Berufes sollen über das bereits bestehende Maß hinaus erleichtert, sondern die "Wahl des natürlichen Standorts" allen Marktbürgern zu gleichen Bedingungen ermöglicht werden [4].

AUDINET [5] hält es sogar für zulässig und wahrscheinlich, daß die Rechtsangleichung sich eher an der restriktivsten als an der freiesten Zulassungsregelung orientiert; denn es werde den meisten Mitgliedstaaten leichter fallen, neue Berufsbeschränkungen in ihr Berufsrecht aufzunehmen, als schon bestehende abzuschaffen [6].

---

1) GAUDET, ZHR 124 S 7o

2) BAUMANN, Landesreferate S. 174; EVERLING, Beiheft 29 ZHR S. 75; GAUDET, ZHR 124 S. 8o; NICOLAYSEN, Beiheft 29 ZHR S. 98, loo f., lo5; PESCATORE, Les aspects juridiques du Marché Commun, S. 77 (mit Einschränkungen)

3) GAUDET, ZHR 124, S. 8o

4) NICOLAYSEN, Beiheft 29 ZHR S. 96

5) a.a.O. S. lo44

6) AUDINET, a.a.O. S. lo44, lo45

Auf einen konkreten Fall bezogen bedeutet das: die Koordinierung des Apothekenrechts in den 6 EWG-Staaten gem. Art. 57 Abs. 3 kann auch darin bestehen, daß ein einheitliches Recht durch Angleichung an das restriktive Konzessionssystem entsteht. Das im Reichsapothekengesetz vorgesehene System bestand darin, einem Berufsbewerber nur dann die an seine Person geknüpfte Berufserlaubnis zu erteilten, wenn ein öffentliches Bedürfnis auf Zulassung vorlag.

Es mag unwahrscheinlich erscheinen, daß der Rat jemals eine Koordinierungsrichtlinie auf derart restriktiver Grundlage beschließt. Denn der Beschluß müßte einstimmig gefaßt werden, wäre also von der Zustimmung des deutschen Vertreters abhängig. Das deutsche Ratsmitglied wird aber wegen der weiten Auslegung des Grundrechts der Berufsfreiheit sogleich Bedenken gegen eine Direktive anmelden, die die BRD dazu verpflichtet, Niederlassungsbeschränkungen in die Regelung freier Berufe aufzunehmen.

Entscheidend bei der Erörterung, welche Möglichkeiten der Rechtsangleichung bestehen, ist im Rahmen dieser Arbeit aber nicht, welche Regelung wahrscheinlich vereinbart werden wird, sondern welche Regelungen überhaupt vereinbart werden können und welche Konsequenzen sich aus diesen verschiedenen Richtlinienmöglichkeiten ergeben. Zudem ist hier, worauf JAENICKE [1] hinweist, von Bedeutung, daß der Rat nicht von sich aus, sondern nur auf einen entsprechenden Vorschlag der Kommission hin tätig werden kann, die Kommission aber - als weisungsunabhängiges Organ - solche Maßnahmen vorschlagen wird, die sich im Zweifel am Gemeinschaftsrecht und nicht am staatlichen Recht orientieren.

---

1) Z.a.ö.RVR 19 S. 176 (Makarov-Festgabe)

Es wurde bereits ausgeführt, daß der EWG-Vertrag selbst keine maßgebliche Richtlinienrichtung aufzeigt. Wenn also das deutsche Ratsmitglied einer Richtlinie mit dem Ziel, neue Niederlassungsbeschränkungen in ein Berufsrecht aufzunehmen, zustimmt, hält es sich durchaus im Rahmen der Niederlassungsvorschriften des Vertrages. Zwar ist das Ratsmitglied - anders als ein Mitglied der Kommission - weisungsgebunden gegenüber seiner Regierung [1]. Es wird daher in der Regel die Belange seines Staates wahrnehmen und bei Beschlüssen, die seinem Staat oder dessen Gesetzgeber eine Verpflichtung zum Erlaß von Normen auferlegen, darauf achten, daß die Integrität der staatlichen Verfassung gewahrt bleibt [2]. Jedoch beschränkt die Weisungsgebundenheit nur das rechtliche "Dürfen" des Ratsmitgliedes, nicht dagegen sein rechtliches "Können".

Das Verhältnis des Ratsmitgliedes zu seinem Staat gleicht insoweit dem eines Bevollmächtigten gegenüber seinem Vollmachtgeber: auch dort gilt die vom Vertreter abgegebene Erklärung, falls sie sich im Rahmen der Vollmacht hält, selbst wenn die Vertretungsmacht im Innenverhältnis eingeschränkt ist. Im Außenverhältnis reicht die "Vollmacht" des Ratsmitgliedes soweit, wie es der EWG-Vertrag zuläßt.

Der Ratsbeschluß kommt daher wirksam zustande, auch wenn das Mitglied entgegen der Weisung seiner Regierung abstimmt. Sein Mitgliedstaat könnte den Beschluß folglich nicht mit der Begründung ignorieren, sein Vertreter habe die ihm gegebene Instruktion nicht befolgt, er fühle sich daher nicht an die

---

1) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 10; ALDER, a.a.O. S. 3; JAENICKE, ZaöRV 1958 S. 171; WOHLFAHRT, Komm. Wohlfahrt zu Art. 146; vgl. auch BANDILLA, Das Klagerecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, S. 123 ff.

2) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 12; WOHLHFAHRT, Komm. Wohlfahrt, Vorbemerkung 4, vor Art. 189 ALDER, a.a.O. S. 3; JAENICKE Z.a.ö. RVR 1958 S. 171.

Entschließung des Rates gebunden.

Es ist also durchaus möglich, daß das deutsche Ratsmitglied einer Koordinierungsrichtlinie auf restriktiver Grundlage zustimmt, etwa um zu verhindern, daß wegen des sonst entstehenden Gefälles von den Partnerländern zur BRD große Wanderbewegungen in Richtung Deutschland einsetzen.

Es könnte sich dabei von der Vorstellung leiten lassen, diese Maßnahme lasse Art. 12 GG noch zu, weil es um den Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter gehe und die zu erlassenden Normen daher mit Art. 12 GG in Einklang zu bringen seien [1].

Im folgenden soll deshalb davon ausgegangen werden, daß der Rat einstimmig eine Richtlinie gem. Art. 57 beschließt, die sämtliche Mitgliedstaaten verpflichtet, objektive Niederlassungsbeschränkungen für die Angehörigen eines bestimmten Berufes in ihr Recht aufzunehmen, soweit sie nicht schon bestehen.

§ 8: Bedenken gegen Richtlinien mit dem Ziel neuer Niederlassungs-Beschränkungen (Art. 12 Bonner GG).

Gegen eine derartige Gesetzgebung aufgrund einer EWG-Richtlinie bestehen in der BRD deshalb Bedenken, weil die Freiheit der Niederlassung, die Berufsfreiheit, unter dem Grundrechtsschutz des Art. 12 GG steht und diese Bestimmung seit Bestehen des Grundgesetzes weit ausgelegt worden ist. Es wäre möglich, daß ein entsprechendes Gesetz vom BVerfG wegen Grundrechtsverstosses für verfassungswidrig erklärt würde.
Um den gesetzgeberischen Spielraum aufzuzeigen, innerhalb dessen Berufwahl und Berufsausübung in der BRD noch eingeschränkt werden können, soll im folgenden ein Überblick über die Auslegung des Art. 12 gegeben werden.

---

1) Dazu ausführlicher unten S. 67 ff.

1) Auslegung durch die Rechtsprechung.

Bis zum Erlaß des "Apothekenurteils" des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1959 [1]) herrschte lebhafter Streit über den Umfang des Art. 12 GG.
Die überwiegende Meinung [2]) war der Ansicht, der Gesetzesvorbehalt in Art. 12 GG gestatte sowohl einen Eingriff des Gesetzgebers in die Berufsausübung, als auch eine Beschränkung der Berufswahl. Dabei wurden aber strenge Maßstäbe an die Zulässigkeit derartiger Zulassungsbeschränkungen angelegt [3]).
Objektive Zulassungsbedingungen, die einige Gesetze vorsahen [4]), wurden von der Lehre allgemein für verfassungswidrig gehalten, von den Verwaltungsbehörden aber noch berücksichtigt [5]).

Das Bundesverwaltungsgericht entschied schon frühzeitig, daß objektive Zulassungsbeschränkungen mit Erlass des Grundgesetzes nichtig geworden seien [6]). Dem berühmten Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ging nämlich 1956 eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eben über das Konzessionssystem bei den Apotheken voraus [7]).
In einem Rechtsstreit über die Zulassung eines Apothekers entschied das Bundesverwaltungsgericht,

---

1) BVerfGE 7,377 ff.
2) UBER, Freiheit des Berufs S. 137, 225, 231; WERNICKE in Bonner Kommentar Anm. 4 zu Art. 12 GG; v. MANGOLDT, Bonner GG Anm. 3 zu Art. 12; a.A. KLEINRAHM, D.V. 1949, 537 ff (539);
3) FRIESENHAHN, Zur Neuordnung des Anwaltsrechts, NJW 1949, 701 ff (704), v. MANGOLDT, Bonner GG Anm. 3 zu Art. 12 (S. 94)
4) § 1 Abs. 2 des GaststGs, § 9 Abs. 1 PersBefG, § 14 Abs. 5 Ziff. 6 MilchG, § 1o Abs. 2 HebammenG.
5) MAUNZ, Staatsrecht 15, Aufl. S . 15o; UBER, a.a.O. S. 136,
6) BVerwGE 1,48 (Zulassung zum Handel mit unedlen Metallen)
7) BVerwGE 4, 167 ff (171). Das Gericht erklärte § 54 der preußischen Gewerbeordnung vom 17.1.1945 und § 3 Abs. 1 des Erlasses des früheren Oberpräsidenten der Nordrhein-Provinz über die Verleihung von Apothekenbetriebsrechten vom 8.2.1946 für verfassungswidrig.

die Bedürfnisprüfung sei unzulässig, wenn sie ausschließlich zu dem Zweck erfolge, die schon bestehenden Apotheken in ihrem Bestande zu schützen. Der Apothekerberuf gehöre zu den freien Berufen und stehe deshalb unter dem Schutz des Art. 12 GG. Folglich müsse der Gesetzgeber ständig darauf achten, nicht das Wesen des Grundrechts anzutasten, Art. 19 Abs. 2 GG. Zu einer einschneidenden Gesetzgebung bestehe beim Apothekerberuf keine Notwendigkeit. Es sei nicht damit zu rechnen, daß die Aufhebung der Niederlassungsbeschränkungen für Apotheker unmittelbar zu einer Verschlechterung der Arzneimittelversorgung führe.

Da eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht wie die des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft hat, brachte das Apothekenurteil von 1956 noch keine umwälzenden rechtlichen Änderungen mit sich; die in anderen Gesetzen vorgesehenen objektiven Zulassungsvoraussetzungen waren weiterhin gültig. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ließ jedoch mutmaßen, in welcher Richtung eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausfallen würde.

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich 1 1/2 Jahre später [1] mit der Verfassungsbeschwerde eines in Bayern lebenden Apothekers zu befassen, dem die Erlaubnis zum Betriebe einer Apotheke wegen fehlenden öffentlichen Bedürfnisses von der zuständigen Verwaltungsbehörde versagt worden war. § 3 Abs. 1 des damaligen bayrischen Apothekengesetzes[2] machte die Erteilung der Betriebserlaubnis von einem öffentlichen Interesse an der Niederlassung und zusätzlich davon abhängig, daß für die Apotheke eine "wirtschaftliche Grundlage" vor-

---

1) BVerfGE 7, 377 ff. (38o)
2) "Gesetz über das Apothekenwesen" vom 16.Juni 1952 i.d.F. des Gesetzes vom 1o. 12. 1955 (GV Bl. S. 267); der Wortlaut des § 3 ist wiedergegeben in BVerfGE 7, 377 ff. (38o)

handen war und sie andere, schon bestehende Apotheken nicht in ihrem Bestand gefährdete.

In dem ausführlichen Urteil nahm das Gericht eine systematische Gliederung des Grundrechts der Berufsfreiheit vor; es stellte die "Stufentheorie" auf: Die Freiheit der Berufs a u s ü b u n g kann insoweit beschränkt werden, als vernünftige Erwägungen des Gemeinwohl dies zweckmäßig erscheinen lassen. In das Recht auf freie Berufs w a h l darf der Gesetzgeber nur dann eingreifen, wenn und soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Dabei muß stets die Form des Eingriffs gewählt werden, die das Grundrecht am wenigsten einschränkt.

Bei der Aufstellung von Zulassungsvoraussetzungen muß der Gesetzgeber zwischen subjektiven und objektiven Bedingungen der Berufszulassung unterscheiden. Wann eine solche Bedingung objektiv oder subjektiv ist, entscheidet sich danach, wem die Erfüllung der an die Berufsaufnahme geknüpften Bedingung zugerechnet werden kann [1]. Persönliche Eigenschaften, Fähigkeiten oder Fertigkeiten wie z.B. Vor- und Ausbildung ("Sachkunde") oder charakterliche Eigenschaften ("Zuverlässigkeit") [2] sind s u b j e k t i v e Zulassungsvoraussetzungen, weil der Bewerber sie in seiner Person zu erfüllen vermag [3].

O b j e k t i v sind die Bedingungen, deren Erfüllung rechtlich nicht dem Berufsbewerber zugerechnet werden kann, auf die er selbst keinen Einfluß nehmen kann [4]. Dazu zählen u.a. Bestimmungen, nach denen für die Zulassung ein öffentliches Bedürfnis [5] gefordert oder nur eine beschränkte Anzahl [6] von Berufsbewerbern zugelassen

1) BVerfGE 9, 338 ff. (345) "Hebammenentscheidung", Beschluß vom 16. 6. 1959 - 1 BvR 71/57 -
2) BVerwGE 1, 269 ff. (273)
3) s. Anm. 1
4) BVerfGE 7, 377 ff. (407)
5) § 1 II Gaststättengesetz vom 28. 4. 1930; § 157 Abs. 3 S. 2 ZPO (Prozeßagenten); § 4 Abs.1 BNotO
6) § 368 a Abs. 1 - 3 RVO (Kassenarztrecht)

wird. Mit Hilfe solcher objektiver Zulassungsvoraussetzungen können Bewerber trotz fachlicher Qualifikation vom Beruf ausgeschlossen werden [1].

Auch subjektive Zulassungsvoraussetzungen sind nach dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts nur zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zulässig [2], da sie sich auf die Berufswahl auswirken. Für sie gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit; sie dürfen nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen. Demnach ist die Prüfung von Zuverlässigkeit, Geeignetheit, Sachverständnis, Vorbildung und ähnlichen Voraussetzungen mit dem Grundgesetz vereinbar, weil damit das Ziel angestrebt wird, daß die Berufsträger die ihnen gestellten Aufgaben ordentlich erfüllen.

An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsbedingungen sind nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts besonders strenge Anforderungen zu stellen. Nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut kann derartige Maßnahmen rechtfertigen [3].

In der Zeit nach dem Apothekenurteil hielt sich das Bundesverfassungsgericht bei seinen Entscheidungen über den Umfang des Art. 12 Grundgesetz an die dort aufgestellten Grundsätze und wandte sie

---

1) HAMANN, Betrieb Beilage 19/1962 Ziff. 5 b

2) BVerfGE 7, 377 (4o5 ff); NIPPERDEY-ADOMEIT, BB 66, 417 ff. (418, besonders Fußnote 12)

3) BVerfGE 7, 377 (4o7/4o8)

auch auf andere freie Berufe an [1].

Auch in der "Handwerksentscheidung" von 1961 [2] bezog sich das Bundesverfassungsgericht auf das Apothekenurteil, erklärte aber - in scheinbarer Übereinstimmung mit den dort aufgestellten Grundsätzen - die in § 7 Handwerksordnung enthaltene Forderung nach einem "großen Befähigungsnachweis" zur Leitung eines Handwerkbetriebes für verfassungsmäßig. Zwar seien auch subjektive Zulassungsvoraussetzungen, so führte das Bundesverfassungsgericht aus, nur zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes gerechtfertigt; jedoch könne der Gesetzgeber solche Gemeinschaftsinteressen zum Anlaß für den Erlaß von Berufsregelungen nehmen, die sich aus besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergeben und die er selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhoben habe [3].

Damit lockerte das Bundesverfasungsgericht die Anforderungen, die es noch im Apothekenurteil an die Zulässigkeit subjektiver Zulassungsvoraussetzungen gestellt hatte [4]; es überließ es nunmehr

---

1) Zu § 14 Milcheinzelhandelsgesetz vgl. BVerfGE 9, 39 ff (48); zu § 1 Arzneimittelverordnung BVerfGE 9, 73 ff. (78); zu § 368 a I - III RVO (Gesetz über das Kassenarztrecht) BVerfGE 11, 3o ff. (39 ff); 13, 181 (186, Schankerlaubnissteuer); 14,76 ff. (1o1, Spielautomatenvergnügungssteuer); 16,147 (163, Sonderbesteuerung des Fernverkehrs). In den drei zuletzt genannten Entscheidungen ging es um mittelbare Berufsbeschränkungen durch Steuern, die als Ausübungsregelungen angesehen wurden.

2) BVerfGE 13, 97 (1o4 ff)

3) BVerfGE 13, 97 (1o7)

4) REUSS, DVBl. 61, 865 ff; NIPPERDEY-ADOMEIT a.a.O. S. 418; a.A.: HAMANN, Betrieb Beilage 19/62 Fußnote 27; BULLINGER, BB. 62, 38o ff (382).

dem gesetzgeberischen Ermessen, auch partikuläre Interessen zu Gemeinschaftswerten zu erheben und damit Berufsschranken aufzubauen. Die "Gemeinwohlklausel" wurde entwertet. Mit Recht ist die Handwerksentscheidung deshalb als eine Abkehr von der freiheitlichen Konzeption des Apothekenurteils bezeichnet worden [1]. Es kamen Zweifel darüber auf, welche Haltung das Bundesverfassungsgericht zum Umfang des Art. 12 GG künftig einnehmen werde.

In der Entscheidung über das Einzelhandelsgesetz ("Einzelhandelsentscheidung") [2] hat das Bundesverfassungsgericht entgegen den Befürchtungen der Kritiker der Handwerksentscheidung die protektionistischen Eingriffe des Gesetzgebers in das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht gutgeheißen. Den Sachkundenachweis, den § 3 Abs. 2 Ziff. 1 des Einzelhandelsgesetzes [3] als subjektive Zulassungsvoraussetzung forderte, hat es für verfassungswidrig erklärt, soweit er für den Vertrieb anderer Waren als Lebens- und Arzneimittel gefordert wurde [4].
Die Begründung dieser Entscheidung ist nicht frei von Widersprüchen; man verspürt in ihr das Bestreben des Bundesverfassungsgerichts, den in der Handwerksentscheidung eingeschlagenen Weg zu verlassen, ohne die Kontinuität seiner Rechtsprechung zu gefährden [5].

Das Gericht führte u.a. aus, standespolitische Erwägungen des Gesetzgebers allein könnten für die Forderung nach Sachkunde nicht ausreichend sein; es versuchte, die

---

1) NIPPERDEY-ADOMEIT aa.O. S. 418

2) BVerfGE vom 14. 12. 1965, Bd. 19, S. 330 ff. = NJW 66, 291 ff.

3) Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel vom 5. 8. 1957 (BGBl. I S. 1121)

4) BVerfGE 19, 338 ff.

5) NIPPERDEY-ADOMEIT a.a.O. S. 419 r.Sp.; REUSS, DVBl. 66, 197 ff. (200)

gegenteilige Haltung in der Handwerksentscheidung mit der Begründung zu rechtfertigen, daß im Bereich des Handwerks eine alte Rechtstradition bestehe. Das Bundesverfassungsgericht wollte offenbar an den im Apothekenurteil aufgestellten Grundsätzen festhalten und das davon abweichende Handwerksurteil als Ausnahmeentscheidung hinstellen.

Auch das Bundesverwaltungsgericht scheint die in der Handwerksentscheidung aufgestellten Grundsätze möglichst einengen zu wollen. In einer Entscheidung vom 16. 9. 1966 [1] hat es die Notwendigkeit des großen Befähigungsnachweises zum Betriebe einer Express-Schuhbar, in der kleinere Schuhreparaturen ausgeführt werden, verneint. Eine sechs- bis neunjährige handwerkliche Ausbildung sei für derart primitive Handgriffe nicht erforderlich, folglich werde ein solcher Betrieb, der zudem maschinell gut ausgerüstet sei, nicht "handwerksmäßig betrieben".

Eine gewisse Einschränkung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts brachte wiederum das Urteil zum Mehrbetriebsrecht für Apotheken [2], in dem das Gericht das Verbot des Apothekengesetzes, mehr als eine Apotheke zu betreiben [3], für verfassungsmäßig erklärte. Eine unzulässige Beschränkung der Berufswahl liegt nach Ansicht des Gerichts in dieser Bestimmung nicht, weil der selbständige Apotheker schon mit dem Betrieb einer Apotheke seine Wahl zum Beruf des Apothekers vollzogen habe [4].

---

1) BVerwGE 25, 66 ff.

2) BVerfGE 17, 232 ff.

3) Vgl.§3 Ziff.5 des Gesetzes über das Apothekenwesen vom 2o. 8. 196o (BGBl. I S. 697)

4) BVerfGE 17, 241

Es entspreche aber dem Apothekerberuf als einem durch die Rechtstradition geprägten typischen Beruf - man beachte den deutlichen Anklang an die Erwägungen im Handwerksurteil ! -, daß das Berufsbild vom "Apotheker in seiner Apotheke" bestimmt werde [1]. § 3 Apothekengesetz enthalte eine zulässige Fixierung des Berufsbildes. Auch ermögliche die geltende Regelung des Gesetzes es einer möglichst großen Zahl von Apothekern, sich niederzulassen [2]. Sie fördere damit den Mittelstand.

Weniger liberal ist die Rechtsprechung jedoch bei Anwendung des Art. 12 GG auf die staatlich gebundenen Berufe, die ein öffentliches Amt wahrnehmen. Das hat sich vor allem bei den "Notarentscheidungen" des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichts gezeigt [3].

Zwar besteht danach der Schutz des Art. 12 GG auch für derartige Berufe [4], jedoch gestattet Art. 33 GG dem Gesetzgeber insofern Sonderregelungen, welche die Berufsfreiheit auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern reduzieren können [5]. Das gilt insbesondere für die Berufe mit rein hoheitlicher Tätigkeit (Beamter, Richter, Soldat); aber auch für staatlich gebundene Berufe können Sonderregelungen erlassen werden, wenn und soweit sie sich den

---

1) BVerfGE 17, 242

2) BVerfGE 17, 243

3) BVerfGE 16, 6 ff. (Beschluß vom 2. 4. 1963 - 2 BvL 22/60 -), 17, 371 ff. (Beschluß vom 5. 5. 1964 - BvL 8/62 -) und 17, 381 ff. (Beschluß vom 5. 4. 1964 - 1 BvR 416/61); BGH 37, 179 ff. (Beschluß vom 28. 5. 1962 - NotZ 1/62 -) BVerwG, Urteil vom 27.9.1961, DNotZ 62, 149

4) Vgl. Anm. 1 und SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rdnr. 8; LEIBHOLZ-RINCK, Art. 12 Rdnr. 4.

5) BVerfGE 7, 397 ff.; 11, 39 ff.; 16, 21.

öffentlichen Dienst annähern [1].

Eine derartige Annäherung hat das Bundesverfassungsgericht für den Beruf des Notars angenommen [2]. Zwar sei der Notar nicht mehr wie früher in den preußischen Gebieten Beamter; jedoch sei er gem. § 1 BNotO Träger eines öffentlichen Amtes. Sein Beruf sei nach der Aufgabenstellung, Amtsbefugnis und Rechtsstellung in die nächste Nachbarschaft des Beamten gerückt [3]. Folglich sei der Staat berechtigt, diese mit hoheitlichen Mitteln zu erfüllende öffentliche Aufgabe zu regeln und das Berufsbild durch gesetzliche Regelungen zu gestalten. U.a. könne der Staat die Zahl der Amtsstellen für Notare angemessen begrenzen, soweit das notwendig sei, um eine geordnete Rechtspflege aufrecht zu erhalten [4]. Es sei eine in Anlehnung an Art. 33 Grundgesetz getroffene zulässige Sonderregelung.

2) Lehrmeinungen zu Art. 12 Grundgesetz und zu seiner Auslegung durch die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zu Art. 12 GG ist von der Lehre nicht kritiklos hingenommen worden.

Das grundlegende Apothekenurteil hingegen ist von der überwiegenden Ansicht der Lehre begrüßt und nur in wenigen Teilbereichen kritisiert worden [5]. Kritisch weist mit Recht BACHOF [6]

---

1) LEIBHOLZ-RINCK, GG, Rdnr. 4 zu Art. 12; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Rdnr. 8 zu Art. 12

2) BVerfGE 16,6 ff. (22), Urteil vom 2.4.1963; 17, 371 ff. (381 ff., Beschlüsse vom 5.5.1964= NJW 64, 1515/1516)

3) Tätigkeitsgebiet: vorsorgende Rechtspflege, §1 BNotO; Amtsbezirk § 11 BNotO; Amtssitz § 10 BNotO; Amtssiegel § 2 Satz 2 BNotO; Amtseid §13 BNotO; weitere Einzelheiten vgl. BVerfGE 16, 23

4) BVerfGE 17, 371 ff. (379 ff.)

5) BACHOF, Freiheit des Berufs, S. 217 ff.; FORSTHOFF, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S. 18 ff. (20 ff.)

6) vgl. Anmerkung 5) und RUPP AöR 92, 234

darauf hin, daß nicht in allen Fällen objektive und subjektive Zulassungsvoraussetzungen klar zu trennen seien, wie auch nicht stets streng zwischen Berufsaufnahme und Berufsausübung unterschieden werden könne. Schwierigkeiten bereite es z.B., die Voraussetzungen eines Höchst- oder Mindestalters in das Schema der objektiven und subjektiven Zulassungsvoraussetzungen einzuordnen.

Zwar ist die Erfüllung dieser Bedingungen nicht von "außerhalb der Person des Bewerbers liegenden Umständen abhängig" und damit keine objektive Zulassungsbeschränkung; jedoch kann der Bewerber die Voraussetzungen eines Höchst- oder Mindestalters auch nicht "in seiner Person nach seinem freien Entschluß erfüllen". Folglich ist das Alter eines Berufsbewerbers nach der üblichen Definition auch keine rein subjektive Zulassungsvoraussetzung; gleichwohl rechnet das Bundesverfassungsgericht es dazu [1]. Hier verschwimmen die Konturen der vom Bundesverfassungsgericht errichteten "Stufen". Es kommt hinzu, daß manche subjektive Zulassungsvoraussetzung mögliche Berufsbewerber von der Berufswahl in noch stärkerem Maße abzuhalten vermag als eine objektive Bedingung. So stellt ein langjähriger, fest umrissener Ausbildungsgang de facto ein absolutes Zugangshindernis für alle diejenigen dar, die sich nach ihren sozialen oder familiären Verhältnissen oder wegen ihres Alters nicht zur Erfüllung jener Voraussetzungen in der Lage sehen [2].

Wohl als einziger kritisiert FORSTHOFF [3] die extensive Auslegung des Art. 12 durch das Bundesverfassungsgericht. Er hätte auch im Apothekenrechtsstreit eine Entscheidung begrüßt, die das Konzessionssystem für verfassungsmäßig erklärt hätte. Mit Aufgabe des Konzessionssystems für

1) BVerfGE 9, 338 (Höchstalter für Hebammen).
2) BACHOF, Freiheit des Berufs S. 217 ff.
3) Die Problematik der Verfassungsauslegung, S.20 ff.

Apotheken habe man, so führt FORSTHOFF aus, "ein Stück Staatlichkeit geopfert". Dafür sei ein hoher Preis zu zahlen; denn wenn das Gericht dem Gesetzgeber empfehle, die einwandfreie Führung der Apotheken durch staatliche Kontrollen zu sichern (das hat sich im Bundesapothekengesetz in einer umfangreichen Regelung der Berufsausübung niedergeschlagen), so verkehre sich die "extensive Grundrechtsinterpretation auf Kosten staatlicher und herkömmlicher Gerechtsame" in ihr Gegenteil. Sie öffne dem Polizeistaat die Tür.

Dieser heftigen Kritik steht eine gefestigte Meinung in der Lehre gegenüber, die sich im Anschluß an das Apothekengesetz über Inhalt und Grenzen des Art. 12 gebildet hat [1].

Als das Bundesverfassungsgericht in der Handwerksentscheidung, in den Notarentscheidungen und zuletzt im Apothekenmehrbetriebsurteil seine weite Auslegung des Art. 12 Grundgesetz zum Teil wieder einschränkte, erhob sich deshalb lautstarker Protest [2]. Die Thesen des Bundesverfassungsgerichts von der Zulässigkeit der gesetzlichen Fixierung und Typisierung von Berufsbildern [3] wurden zum Teil abgelehnt [4] oder

---

1) HAMANN, Kommentar zum Grundgesetz 2. Aufl. 1961 S. 146 ff.: LEIBHOLZ/RINCK. Kommentar zum Grundgesetz, Rdnr. 5 u. 6 zu Art. 12; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Kommentar zum Grundgesetz Rdnr. 11 ff. zu Art. 12; MAUNZ, Staatsrecht, 15. Aufl. S. 150 ff.

2) NIPPERDEY-WIESE in BETTERMANN/NIPPERDEY, Die Grundrechte, Band IV, zweiter Halbband, S. 741 ff. (892); NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl. 1965, S. 48; REUSS, DVBl. 61, 865 ff.; SCHULZ, MDR 62, 103 ff.; RÜPP, NJW 65, 993 ff.; MENGER, Verw.Arch. Band 56, 1965, S. 81 ff.

3) vgl. BVerfGE 7, 439; 13, 106; 17, 241; NJW 67, 1317 (Steuerberater)

4) RUPP, AöR 92, 222

nur mit Vorbehalt übernommen, und zwar mit der Begründung, es bestehe die Gefahr, daß der Gesetzgeber durch Berufsbildfixierungen das Grundrecht des Art. 12 aushöhle [1].

Bedenken begegnet auch die Rechtsprechung zur Berufsfreiheit der staatlich gebundenen Berufe und der Beamtenberufe. Teilweise wird die Ansicht vertreten, für den Beruf des Beamten bilde Art. 33 Grundgesetz eine Sondernorm, so daß es falsch sei, rein öffentliche Berufe zunächst dem Schutz der Art. 12 GG zu unterstellen und dann wieder über Art. 33 einzuschränken [2]. Die starke Trennung zwischen freien und staatlich gebundenen Berufen wird für wenig sinnvoll erachtet [3]. Allgemein wurde angesichts der einschränkenden Auslegung in den genannten Urteilen dem Bundesverfassungsgericht der Vorwurf gemacht, es resigniere offenbar vor einer Staatspraxis, die sich wieder auf der Ebene obrigkeitsstaatlichen Denkens einrichte; aus der "freiheitlichen Melodie" (im Apothekenurteil) sei ein "Melodram der Resignation" (im Notarurteil und Apothekenmehrbetriebsurteil) geworden [4]. Man frage sich, was bei einer derartigen Rechtsprechung vom Grundrecht des Art. 12 überhaupt noch übrig bleibe [5].

Das sind erhebliche Vorwürfe, die in dieser Form überspitzt erscheinen, aber doch die Haltung der Lehre kennzeichnen, nunmehr auch mit dem Grundrecht des Art. 12 GG "Ernst zu machen". Aus diesem Grunde wurde die Einzelhandelsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts als

---

1) NIPPERDEY-ADOMEIT, BB 66, 417
2) BACHOF, Freiheit des Berufs, S. 201; RUPP, AöR 92, 223
3) RUPP, AöR 92, 223
4) RUPP, NJW 65, 993 ff. (994)
5) NIPPERDEY-ADOMEIT, BB 66, 417

Rückkehr zur Auslegung des Art. 12 GG, wie sie im Apothekenurteil gefunden und begründet wurde, begrüßt [1].

Die Lehre hält an der vom Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil aufgestellten Dreistufentheorie fest; insbesondere ist es fester Bestandteil der Auslegung geworden, daß an die Zulässigkeit objektiver Beschränkungen der Berufswahl strengste Anforderungen gestellt werden müssen und auch subjektive Zulassungsvoraussetzungen nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sind [2].

Eine EWG-Richtlinie, welche die Bundesrepublik verpflichtet, die Bedürfnisprüfung oder den numerus clausus in eine Berufsregelung aufzunehmen, wäre deshalb grundgesetzfeindlich, es sei denn, der Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes erforderte ausnahmsweise eine derartige Beschränkung.

Der Anregung EVERLINGS [3], die verfassungsrechtlichen Probleme in der BRD im Interesse des Zusammenschlusses Europa anders zu beurteilen, kann nicht gefolgt werden.

Zwar klingt in einer Entscheidung des Bundesver-

---

1) Siehe Anm. 5, S. 78 und REUSS, DVBl. 66, 197 ff. (100)

2) LEIBHOLZ/RINCK, Kommentar zum Grundgesetz, Rdnr. 9 und 10 zu Art. 12 GG; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, Rdnr. 16 bis 18 zu Art. 12 GG und die in Anm. 1 Genannten

3) Niederlassungsrecht, S. 120

fassungsgerichts [1] der Gedanke einer "europafreundlichen" Verfassungsauslegung an; jedoch ist nach der deutlichen Abgrenzung des Grundrechts des Art. 12 durch Rechtsprechung und Lehre nicht zu erwarten, daß sich die in der Bundesrepublik gefestigte Ansicht von Art und Umfang der Berufsfreiheit entscheidend ändern wird. Zu Recht weist zwar von der GROEBEN [2] in diesem Zusammenhang darauf hin, daß auch dieses Grundrecht immanente Schranken habe und der einzelne, der sich auf das Grundrecht berufe, auch den Bedürfnissen der Gesellschaft Rechnung tragen müsse; Art. 12 GG aber noch weiter einzuschränken, als es das Bundesverfassungsgericht in der Handwerksentscheidung getan hat, dürfte nicht mehr zulässig sein, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt.

Nach deutschem Recht sind deshalb objektive Zulassungsbeschränkungen wie die Bedürfnisprüfung, der numerus clausus oder die geografische Verteilung

---

1) BVerfGE 8, 71 ff. (79); das Gericht hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die am 1. 4. 1937 erlassene Verordnung über den Anbau von Weinreben (RMVBl. S. 145) gegen Art. 12 GG verstößt. Es erklärte die Verordnung für verfassungswidrig. Dabei führte es u. a. aus, seine Entscheidung schließe nicht jede gesetzliche Regelung aus, vielmehr könne sie sich - zum Beispiel im Hinblick auf den Europäischen Markt - als notwendig erweisen.
Damit wollte das Bundesverfassungsgericht aber nicht zum Ausdruck bringen, daß im Interesse der europäischen Integration in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingegriffen werden dürfe, sondern daß eine gesetzliche Regelung im Gemeinsamen Markt wegen der Weinbaukonkurrenz der Nachbarländer erforderlich werden könne.

2) VON DER GROEBEN, Grundrechte in der europäischen Gemeinschaft, S. 23o ff. (Hallstein-Festschrift).

der Berufsträger grundsätzlich unzulässig. Sie stellen nicht das mildeste Mittel zur Verfolgung staatlicher Interessen im Berufsrecht dar.

Wird deshalb eine objektive Zulassungsvoraussetzung neben anderen Regelungen Ziel einer Rechtsangleichungsrichtlinie, so ergibt sich das Problem, daß dem Bundestag oder den Länderparlamenten als den zuständigen deutschen Gesetzgebern auferlegt wird, ein verfassungswidriges Gesetz zu erlassen. Diese Folge erscheint widersinnig [1], und zwar einmal, was die verfassungsrechtliche Situation in Deutschland anbelangt, zum anderen im Hinblick auf die angestrebte europäische Koordinierung, die immerhin einen liberalen Trend zeigt [2]. Es ist deshalb zu prüfen, welche Möglichkeiten der Bundesrepublik offenstehen, diesen Beschluß nicht zu befolgen oder gegen ihn anzugehen. Gegebenenfalls muß untersucht werden, ob und warum der deutsche Gesetzgeber an einen derartigen Beschluß gebunden ist. Dabei wird die Frage, ob die Richtlinie mit dem Grundrecht des Art. 12 GG kollidiert und welcher der beiden Normen der Vorrang gebührt, zu erörtern sein.

§ 9: Rechtsschutz gegen grundgesetzwidrige Richtlinien

Denkbar wäre, daß die Bundesrepublik, die eine derartige Richtlinie in ihrem Bereich durch Gesetzgebung oder Verwaltung ausführen muß, sich im Hinblick auf ihre Verfassung - hier Art. 12 GG - zu Recht weigern kann, der Anordnung nachzukommen. Es ist auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, Klage vor dem Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften gegen die Gemeinschaftsorgane zu erheben. Diese Möglichkeit soll zuerst erörtert werden.

1) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 12
2) s.oben S. 62.

1) Klage vor dem Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften

Da es sich um das Verhältnis von Gemeinschaft und Einzelstaat handelt, erscheint es zunächst sinnvoll, den Vertrag daraufhin zu untersuchen, ob er selbst eine Vorschrift enthält, mit deren Hilfe sich der Konflikt lösen ließe. Die Marktbürger, Unternehmen und Mitgliedstaaten sind den Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht schutzlos ausgesetzt. Ein für alle drei Gemeinschaften gemeinsamer Gerichtshof [1] wacht über die Rechtmäßigkeit ihrer Tätigkeit. Die Grundvorschrift im Rahmen des EWG-Vertrages bildet Art. 164. Danach sichert der Gerichtshof "die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages". Aus dem Komplex der Klagemöglichkeiten vor dem EuGH kommen für diesen Fall nur die in Art. 173 bis Art. 176 enthaltenen in Betracht, die Klagen gegen ein Organ der EWG vorsehen [2].

Nach Art. 173 I kann ein Mitgliedstaat Klage (Nichtigkeitsklage) [3] erheben, wenn der Rat oder die Kommission beim Erlaß von Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen [4] unrechtmäßig gehandelt haben. Als Klagegründe zählt Art. 173 I Satz 2 auf:

> "Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des Vertrags oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm und Ermessensmißbrauch."

---

1) "Gemeinsamer Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften", vgl. Abkommen vom 25.3.1957 über gemeinsame Organe sowie Satzung des Gerichtshofs der EWG vom 17. 4. 1954, BGBl. 1957 II, 1166

2) WOHLFAHRT in Kommentar WOHLFAHRT Vorbemerkung 3 b vor Art. 164

3) DAIG, AöR 58, 132 ff. (164); a.A.: BERIÉ-MILLER, Anm. 1 zu Art. 174

4) Art. 173 schließt die gerichtliche Überprüfung der anderen in Art. 189 vorgesehenen Handlungsformen - Empfehlung und Stellungnahme - aus.

Nach Abs. 2 steht auch natürlichen und juristischen Personen unter gleichen Voraussetzungen wie den Mitgliedstaaten ein Klagerecht zu, jedoch nur hinsichtlich an sie selbst ergangener Entscheidungen (Art. 189 Abs. 4), Verordnungen, die Entscheidungscharakter haben, und Entscheidungen, die zwar an einen Dritten gerichtet sind, den Kläger aber unmittelbar und individuell betreffen.

Für Richtlinien sieht Abs. 2 keine Klagemöglichkeit vor [1]. Insoweit steht ein Klagerecht gem. Abs. 1 nur einem Mitgliedstaat zu; folglich könnte die Bundesrepublik eine Klage gegen den Rat der europäischen Gemeinschaften vor dem EuGH erheben.
Dieser würde gem. Art. 174 Abs. 1 die angefochtene Richtlinie für nichtig erklären, wenn die Klage vier begründet wäre, wenn also einer der bereits genannten Klagegründe vorläge. Auszuscheiden haben bei dieser Betrachtung die Klagegründe der "Unzuständigkeit" und der "Verletzung wesentlicher Formvorschriften". Zuständig zum Erlaß der Richtlinie ist der Rat nach Art. 57; er überschreitet seine Zuständigkeit auch nicht [2], wenn die Richtlinie sich im

---

1) Zwar wird der einzelne auch dann gegen eine Richtlinie angehen können, wenn sie ausnahmsweise ihn unmittelbar und individuell betrifft; insofern ist die Aufzählung in Abs. 2 nur beispielhaft (vgl. WOHLFAHRT in Kommentar WOHLFAHRT Anm. 4 zu Art. 173). Jedoch wird eine Richtlinie, die nicht wie die Verordnung in allen ihren Teilen verbindlich ist, nur in Ausnahmefällen einen einzelnen direkt in seiner Rechtsstellung beeinträchtigen. In dem hier gegebenen Fall wäre das nicht möglich, weil das Grundrecht des Art. 12 Grundgesetz noch nicht eingeschränkt wird, solange das Durchführungsgesetz in der Bundesrepublik nicht erlassen ist. Folglich wären die Rechte der einzelnen nicht berührt.
2) Vgl. Seite 37 ff.

Rahmen des Vertrages hält, wovon, wie oben dargelegt wurde [1], hier ausgegangen werden soll. Weiterhin mag unterstellt werden, daß die Richtlinie unter Beachtung der erforderlichen Formvorschriften beschlossen und verkündet worden ist.

Näherer Untersuchung bedarf der Klagegrund "Verletzung des Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm".
Eine Vertragsverletzung scheidet aus den oben erwähnten Gründen aus; die Richtlinie, deren Zulässigkeit geprüft wird, ist aufgrund der Art. 52 ff., insbesondere Art. 57, ergangen. Sie verstößt - wie oben gezeigt wurde [2] - nicht gegen die Niederlassungsregelungen oder eine dem Vertrag zugrunde liegende Wirtschaftsverfassung.

Die Klage ließe sich damit begründen, daß eine bei "Durchführung des Vertrages anzuwendende Rechtsnorm" verletzt worden sei. Zunächst erscheint es, als ob zu den "Durchführungsnormen" [3] nur die aufgrund des Vertrages erlassenen Verordnungen oder anderen Rechtssätze gehören. Zu Recht wird jedoch darauf hingewiesen, daß mit der im Vertrag gewählten Formulierung auch solche Normen gemeint sein müssen, die außerhalb der Bestimmungen des Vertrages und der auf seiner Grundlage ergangenen Beschlüsse liegen [4]. Dazu zählen z.B. überpositive Normen des internationalen Gewohnheitsrechts und allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze. Denkbar wäre z.B. die Verletzung des Willkürverbots, das zu den höherrangigen Normen gerechnet wird [5].

---

1) Auch die Überschreitung der Zuständigkeit (französisch "excès de pouvoir"), fällt unter den ersten Klagegrund, vgl. WOHLFAHRT in Kommentar Wohlfahrt Anm. 6 zu Art. 173.

2) Vgl. Seite 37 ff.

3) DAIG, AöR 1958, S. 154.

4) WOHLFAHRT in Kommentar WOHLFAHRT Anm. 8 zu Art. 173 und Anm. 3 u. 4 zu Art. 164; BADURA, DVerwBl.1965, Seite 112 ff (113).

5) ERLER, VVDStRL Heft 18 Seite 44.

Allein die Folge, daß eine Richtlinie den Gesetzgeber in der Bundesrepublik zum Erlaß grundgesetzwidriger Gesetze verpflichtet, begründet aber noch keine Willkür. Dazu wäre vielmehr erforderlich, daß der Rat eine andere, "grundgesetzfreundliche" Richtlinie hätte erlassen können, mit der er dasselbe Ziel erreicht hätte, und daß er die "grundgesetzfeindliche" Richtlinie ohne Rücksicht auf die Problematik für den deutschen Gesetzgeber erlassen hätte.

Es ist aber durchaus der Fall denkbar, daß der Rat die Richtlinie deshalb mit dem Ziel restriktiver Regelungen erläßt, weil er meint, nur mit Hilfe einer Angleichung an das in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten bestehende System zu einer wirksamen und zumutbaren Annäherung der Gesetze zu gelangen. Eine derartige Ansicht läßt sich vertreten, weil nicht so sehr - wie bereits oben ausgeführt[1] - möglichst freies, sondern möglichst gleiches Recht zur Effektivität des Niederlassungsrechts beiträgt.
Erläßt der Rat eine Richtlinie aber mit dieser Begründung, dann kann ein Beschluß nicht als willkürlich bezeichnet werden. Aus Art. 173 ergibt sich somit kein ausreichender Schutz des Grundrechts des Art. 12 GG vor etwaigen Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane.

Zu den "bei Durchführung des Vertrages anzuwendenden Rechtsnormen" gehören auch solche überpositiven Normen, die - gleichsam als "europäische Grundrechte" - allen Mitgliedstaaten eigen sind und demzufolge auch auf Gemeinschaftsebene gelten. Derartige "Gemeinschaftsgrundrechte" haben sich nach Art. 215 EWG-Vertrag seit Bestehen der Gemeinschaft auch gewohnheitsrechtlich entwickelt.

Art. 215 verweist wegen außervertraglicher

---

1) Siehe oben Seite 46 ff. (Seite 63).

Amtshaftungsschäden, die durch Gemeinschaftsorgane verursacht werden, auf die "allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind". Für das Recht der Montanunion, in deren Vertrag eine ähnliche Bestimmung fehlte, galt dieser Grundsatz gewohnheitsrechtlich, nachdem der Gerichtshof der EGKST [1] ihn in ständiger Rechtsprechung entwickelt hatte. Entscheidend für das Merkmal "allgemein" sind nicht zufällige formelle Übereinstimmungen, sondern solche Gemeinsamkeiten, die aus gemeinsamer Rechtsüberzeugung fließen und deshalb allgemeingültige Rechtssätze aufweisen [2].

Artikel 215 bildet eine Ausnahmeregelung für außervertragliche Amtshaftungsschäden; als solche muß sie grundsätzlich eng ausgelegt werden. Zwar gehören zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Sinne dieser Bestimmung nicht nur das Minimum [3], das allen Staaten gemeinsam ist, sondern alle Grundregeln, die überwiegend anerkannt sind [4]; jedoch kann Art. 215 keine Öffnung des Vertrages für staatliche Grundrechte bilden. Das lassen weder der Zweck noch der Wortlaut der Bestimmung zu.

Auch das Gemeinschaftsrecht enthält freiheitlich-demokratische Grundsätze, zu deren wichtigsten das

---

1) Vgl. Rechtsprechungssammlung Band III Seite 83 ff. Rechtssache Nr. 3-6 und 7/56; TOMUSCHAT, Die gerichtliche Vorabentscheidung, Seite 18 ff (19)

2) TOMUSCHAT a.a.O. Seite 19

3) So die "Minimum-Theorie"; vgl. HELDRICH, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der EWG, Seite 14; ZWEIGERT, Z.a.Internationales Privatrecht 1964, 501 ff. (610), der diese Lehre jedoch ablehnt.

4) Vgl. dazu die Diskriminierungsverbote in Art. 7, 43 und 52 und EuGH E II, 162 ff; IV 257 (Generalanwalt Lagrange); VII, 629 ff. (Generalanwalt Roemer).

Gebot der Gleichbehandlung [1], der Schutz des Eigentums [2], der Grundsatz der Rechtssicherheit [3] oder der Verhältnismäßigkeit [4] zählen dürften. Rechtsstaatliche Garantien sind nach Ansicht der Vertragsschließenden in genügendem Maße vorhanden[5]. Aus diesem Grunde hat man davon absehen zu können geglaubt, eine Vorbehaltsklausel zugunsten der staatlichen Verfassung in den Vertrag einzufügen [6].

So verständlich auch der Wunsch sein mag, das eigene lückenlose System staatlicher Grundrechte und Verfassungsprinzipien auf die Gemeinschaft zu übertragen[7], kann dies doch nicht dazu führen, den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes oder einer der anderen nationalen Verfassungen als ungeschriebenen Verfassungsbestandteil der Gemeinschaft anzusehen[8]. Denn die Verfassung der EWG bildet

---

1) Vgl. dazu die Diskriminierungsverbote in Art. 7, 43 und 52 und EuGH E II, 162 ff; IV 257 (Generalanwalt Langrange); VII, 629 ff. (Generalanwalt Roemer).
2) BECKER, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts, Seite 104 ff; TOMUSCHAT, Die gerichtliche Vorabentscheidung, Seite 20 ff; MÖHRING, NJW 65, 2227.
3) EuGH II 162 ff. (Generalanwalt ROEMER), VII 940 (Generalanwalt Lagrange).
4) EuGH E VI 197 ff. (Generalanwalt ROEMER) und die Aufzählung bei von MAIBOM in NJW 65,467 Fußnote 6.
5) ERLER, a.a.O. Seite 8 und Lagrange, Schlußanträge in Sachen CostA/ENEL, Band 10 Seite 1279 ff.; halten die im Vertrag enthaltenen rechtsstaatlichen Grundsätze für ausreichend, IPSEN, VVDStRL Heft 18 Seite 86 ff. RUSS, DÖV 1964 Seite 567 ff. zählt "Ansätze von Verbürgungen grundrechtsähnlicher subjektiver Rechte" auf: Art. 222, 36 - gewerbliches und kommerzielles Eigentum, Art. 118 Abs. 1 Koordinierungsrecht, Art. 214 Schutz des Geschäfts- und Berufsgeheimnisses; (Diese Beispiele beweisen aber gleichzeitig die Lückenhaftigkeit der rechtsstaatlichen Sicherung im Gemeinschaftsrecht!)
6) EuGH E VII, 686.
7) ERLER a.a.O. S. 26.
8) So aber THIEME, a.a.O. S. 54 ff (62, 63).

allein der Vertrag [1].

Es besteht für den gemeinschaftlichen Raum deshalb allenfalls die Möglichkeit, daß der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung Gemeinschaftsgrundrechte schafft. Das kann dadurch geschehen, daß er einzelnen staatlichen Grundrechten Geltung auch auf supranationaler Ebene zuspricht und sie somit zu "europäischen" Grundrechten erhebt. Derartige Grundrechte wären dann die im Art. 173 angesprochenen "bei Durchführung des Vertrages anzuwendenden Rechtsnormen".

Generalanwalt Lagrange [2] hat einen Vorstoß in dieser Richtung unternommen, indem er äußerte, staatliches Verfassungsrecht sei zwar nicht unmittelbar anzuwenden, jedoch zur Auslegung des Vertrages [3] heranzuziehen. Etwas weitergehend hat der Gerichtshof solche staatlichen Verfassungsrechte auf supranationaler Ebene anerkannt, die in allen Mitgliedstaaten gelten [4].

Zahlreiche Untersuchungen sind seit Bestehen des Vertrages insoweit angestellt worden [5]; darin sind

---

1) Der Ausdruck "Verfassung" ist insofern unzutreffend als die EWG kein Staat, sondern ein Staatenbund ist; dennoch wird er häufig verwendet, vgl. z. B. Gesamtbericht der EWG-Kommission vom Juni 1963 S. 16; PESCATORE, Les aspects fonctionnels de la Communauté Européenne, S. 63

2) In seinen Schlußanträgen in den Rechtssachen Nr. 3/54, Band 1 S. 151 der Rechtsprechungssammlung, Nr. 8/55 Band 2 S. 231 ff. (267) Nr. 42, 49/59 (verbundene Rechtssachen) Band 8 Seite 327 ff (331).

3) Er spricht in diesem Zusammenhang von "élaboration" (wörtliche Ausarbeitung)

4) Vgl. Rechtsprechungssammlung, Rechtssache Nr. 19/61 Seite 723 ff (754), in Band 8 und Rechtssache Nr. 13/61 Seite 884 ff (921) in Band 6.

5) Vgl. statt vieler ERLER, VVDStRL Heft 19 S. - ff., KUCHENHOFF, DÖV 1963 S. 161 ff., STEINDORFF, Rechtsschutz und Verfahren, Baden-Baden 1964.

Argumente für einen ausreichenden Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft genannt worden, ohne daß jedoch eindeutig festgestellt werden konnte, daß der Bundesbürger in der EWG gegenüber deren Organen denselben Rechtsschutz und Status genießt wie in seinem Heimatstaat. Erst kürzlich hat VON DER GROEBEN [1] in einer gründlichen Analyse die Frage geprüft, ob der EWG-Vertrag selbst oder die anwendbaren allgemeinen Rechtsvorschriften genügend Rechtsgarantien enthalten. Wie die anderen Autoren hat er die grundrechtsähnlichen Vorschriften des Vertrages (Diskriminierungsverbote, Freiheitsprinzipien, Gerechtigkeitsprinzip, Rechtsschutzgarantie) als Zeichen dafür genannt [2], daß die Wertvorstellungen, auf denen jene Vertragsvorschriften beruhen, für die Gemeinschaft allgemein verbindlich gelten. Nach Auffassung VON DER GROEBEN'S folgt daraus, daß die Grenzen der Gemeinschaftsgewalt sich jeweils aus den Kompetenznormen selbst ergeben [3]. Die Grundrechte würden vom Vertrag infolge des Fortfalls der Wirtschaftsgrenzen innerhalb der Gemeinschaft und der wirtschaftlichen Stabilisierung einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung eher erweitert als eingeengt. Zudem seien auch in einer künftigen Föderation Verfassungsgeber in erster Linie die 6 Partnerstaaten, die selbst eine freiheitlich- demokratische Struktur besitzen und folglich nur eine entsprechend liberale Verfassung schaffen würden [4].

Mir scheint diese Auffassung, mit der die Gefahr von Grundrechtsverletzungen durch die Gemeinschaft bagatelli-siert wird, gefährlich. Sie will zudem nicht zu dem "Grundrechtsrigorismus" [5] passen, den

---

1) In HALLSTEIN- Festschrift S. 227 ff.

2) Derselbe a.a.O. S. 235.

3) Seite 237.

4) Seite 245 ff.

5) Vgl. WAGNER, Grundbegriffe des Beschlußrechts der europäischen Gemeinschaften, S. 251; so aber WOHLFAHRT Juristenjahrbuch 3, 241 ff (267)

man in der Bundesrepublik allgemein gut heißt. Zu Recht greift deshalb HEINZ WAGNER [1] diese Ansicht an. Man kann nicht auf der einen Seite die Grundrechte im Staat möglichst extensiv auslegen, sie aber in ihrer Bedeutung für die Gemeinschaft herunterspielen und den protestierenden Bundesbürger als "grundrechtsverwöhnt" bezeichnen. Vor allem kann die Feststellung, daß bislang die Gemeinschaftsorgane keine Grundrechtsverletzungen begangen haben, nicht als Argument dafür dienen, daß der im Vertrag vorgesehene Grundrechtsschutz ausreiche und rechtsstaatlichen Anforderungen genüge [2].

Gerade die Hinweise auf die im EWG-Vertrag selbst enthaltenen grundrechtsähnlichen Garantien oder Freiheiten verdeutlichen das Fehlen eines so lückenlosen und deutlich hervorgehobenen Verfassungsbestandteils, wie ihn der Grundrechtskatalog des deutschen Grundgesetzes bildet. Mit dieser Situation wird man sich abzufinden und daraus die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen haben.

Es bleibt also festzuhalten, daß das Vertragsrecht keine ausreichenden Grundrechtsgarantien enthält. Auch der EuGH hat noch keinen Grundrechtskatalog in ständiger Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich erstellen können. Er hat sich zwar wiederholt mit der Frage der Beachtlichkeit staatlicher Grundrechte auf Gemeinschaftsebene befaßt, diese jedoch stets verneint und auch kein "europäisches Recht" an die Stelle der staatlichen Grundrechte gesetzt.

---

1) Siehe Vorseite Anm. 5
2) WAGNER a.a.O. S. 250

2) Unbeachtlichkeit einer grundgesetzfeindlichen Richtlinie in der Bundesrepublik ?

Der Gesetzgeber in der Bundesrepublik kann folglich eine derartige Richtlinie nicht im Klagewege vor dem Europäischen Gerichtshof für nichtig erklären lassen. Dennoch findet sich die Ansicht, der nationale Gesetzgeber brauche eine grundgesetzwidrige Anordnung eines EWG-Organs nicht zu befolgen [1].

a) Die Richtlinie in Völkerrecht und Staatsrecht

Um diese These auf ihre Haltbarkeit zu überprüfen, müssen Rechtsnatur und Wirkung der Richtlinie beleuchtet werden. Einmal erscheint es möglich, sie lediglich nach Völkerrecht zu beurteilen, da sie eine Verpflichtung zwischen Staat und internationaler Organisation begründet [2]; zum anderen wäre es denkbar, daß die Richtlinie nach nationalem Recht bewertet wird, daß also staatsrechtliche Argumente gegen die Gültigkeit der Richtlinie sprechen [3], da zumindest ihr Ziel im Staat verbindlich ist und mit der staatlichen Maßnahme verwirklicht werden muß.

---

1) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 11, mit der allerdings unzureichenden Begründung, dem deutschen Gesetzgeber könne kaum auferlegt werden, ein der Verfassung widersprechendes Gesetz zu erlassen. Im Ergebnis ebenso THIEME, a.a.O. S. 74 f.; WENNER, AWD 1962, 111; HAMANN, Kommentar zum Grundgesetz Art. 24 Anm. BB; SCHRÖCKER, DVBl. 1958 S. 417.

2) So OPHÜLS, NJW 1963, 1967 ff. (1701).

3) THIEME, a.a.O. S. 74; EVERLING, Niederlassungsrecht S. 11.

aa) Völkerrechtliche Bindung des Staates

Zugunsten der Ansicht, die Richtlinie müsse allein nach Völkerrecht bewertet werden, läßt sich anführen, daß sie - ähnlich wie die Normen des EWG - Vertrages, die keine Direktwirkung besitzen - nur ein Gebot der Staatengemeinschaft an den einzelnen Partnerstaat darstellt; sie begründet lediglich eine Staatenverpflichtung [1]. Da sowohl die Staaten als auch die EWG Völkerrechtssubjekte sind [2] - die Gemeinschaft besitzt nach Art. 210 Rechtspersönlichkeit -, müßte die Richtlinie dem Völkerrecht zugerechnet werden.

Dementsprechend werden das Vertragsrecht und die auf seiner Grundlage ergangenen Organbeschlüsse in zwei Gruppen aufgeteilt. Alle Normen des Vertrages und die Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane , die nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten wirken, sind "partikuläres Völkerrecht" [3]; sie unterscheiden sich nicht wesentlich von den Vertragspflichten klassischer völkerrechtlicher Vereinbarungen.

---

1) EHLE, MDR 1964 S. 9 ff. (11); dabei soll nicht verkannt werden, daß Richtlinien hoheitliche Gemeinschaftsakte sind. Von reinen völkerrechtlichen (vertraglichen) Bindungen unterscheiden sie sich dadurch, daß sie nicht p r i m ä r auf einer Willensübereinstimmung von Völkerrechtssubjekten beruhen, vgl. v.MEIBOM, BB 1959 S. 127 ff. (129); CONSTANTINESCO, JuS 1965 S. 293.

2) Das ergibt sich aus dem allgemeinen Völkerrecht; vgl. VERDROSS, Völkerrecht S. 189; v.d. HEYDTE, Völkerrecht Bd. I S. 31 f. und S. 94.

3) Vgl. GROSSFELD, JuS 1966, S. 350.

Alle Rechtsakte der Organe und solche Vertragsnormen, die ohne weitere Ausführungshandlungen der Mitgliedstaaten im innerstaatlichen Raum gelten, kann man mit dem von VERDROSS [1] geschaffenen Begriff als "internes Staatengemeinschaftsrecht" bezeichnen.

Die Unterscheidung wird anhand eines Vergleichs zwischen Richtlinie und Verordnung deutlich. Die Richtlinie bindet ihren Adressaten, den Staat, unmittelbar an das in ihr gesetzte Ziel. Der Staat muß dieses Ziel verwirklichen, da er seine Zugehörigkeit zu der Gemeinschaft mit der Ratifizierung des Vertrages dokumentiert hat und völkerrechtliche Vereinbarungen grundsätzlich einzuhalten sind ("pacta sunt servanda") [2]. Die Verordnung greift dagegen "über die Köpfe der Staaten hinweg " [3] in den vom Völkerrecht sonst unberührten innerstaatlichen Bereich ein und setzt dort für natürliche und juristische Personen unmittelbar geltendes Recht.

---

1) Zum ersten Mal erwähnte VERDROSS diesen Begriff in einer Vorlesung im Haag 1929 (Récueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye 3o - 1929 - II, S. 311 - "droit interne créé par un organ international"); VERDROSS, Völkerrecht S. 4; die Bezeichnung wird bei der Diskussion um die Rechtsnatur der neuen europäischen Vereinigungen oft benutzt und ist ein feststehender Begriff geworden.

2) Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz ist die Grundnorm des Völkerrechts; vgl. v.d.HEYDTE, Völkerrecht I, S. 67 und 7o; VERDROSS, Völkerrecht S. 22.

3) ERLER, a.a.O. S. 17.

Wenn auch die Richtlinie anders als der Vertrag und die Protokolle kein von den Mitgliedstaaten selbst vereinbartes Völkerrecht darstellt, so gehört sie doch in den Bereich des Völkerrechts [1]. Die Richtlinie, die einstimmig vom Rat innerhalb der ihm zustehenden Kompetenz beschlossen worden ist, wird damit vom Willen der Mitgliedstaaten getragen. Gleich einem völkerrechtlichen Vertrag verpflichtet sie die Staaten zum Erlaß der erforderlichen Maßnahmen.

Aus dem Völkerrecht ergibt sich somit die grundsätzliche Verpflichtung für jedes Mitglied der Staatengemeinschaft, vertragsmäßig zustande gekommene Rechtsakte zu befolgen. Diese Pflicht kann ein Mitgliedstaat nicht mit dem Hinweis beseitigen, seine Rechtsordnung stehe der Durchführung des Ziels entgegen [2]. Ein derartiger Einwand aus dem Schutzgedanken des "ordre public" heraus verstößt gegen das Verbot eines "venire contra factum proprium", das auch im Völkerrecht gilt [3]. Wenn ein Staat eine völkerrechtliche Verpflichtung eingeht, so ist er an sie gebunden, auch wenn die Regierung bei Vertragsschluß gemessen am innerstaatlichen Recht ihre Befugnisse überschritten hat.

---

1) OPHÜLS, NJW 1963 S. 1700 unterscheidet für das Gemeinschaftsrecht zwischen "primärem" und "sekundärem" Völkerrecht. Eine ähnliche Unterscheidung trifft PESCATORE in " Les Aspects juridiques du Marché Commun" S. 59: "sources primaires" und "sources secondaires".

2) MENZEL, VVDStRL Heft 18 S. 97; CONSTANTINESCO, JuS 1965, 343.

3) Es gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die das Völkerrecht beherrschen; vgl. VERDROSS, Völkerrecht S. 146 ff.

Es wäre allenfalls denkbar, daß die Bundesrepublik ihre Weigerung, eine Richtlinie auszuführen, mit der Ansicht begründet, das Zustimmungsgesetz zum EWG-Vertrag sei verfassungswidrig; es enthalte eine Ermächtigung, die das Grundgesetz nicht decke [1]. Dementsprechend hat auch das Finanzgericht Neustadt in einem Vorlagebeschluß[2] zum Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertreten, das Ratifikationsgesetz sei nichtig. Die Ermächtigung der EWG-Organe zum Erlaß von Rechtsverordnungen stehe im Widerspruch zu dem in Art. 2o und Art. 129 Abs. 3 GG enthaltenen Verbot, Exekutivorgane zum Erlaß gesetzesändernder Rechtsverordnungen zu ermächtigen.

Der Beschluß ist zu Recht kritisiert[3] worden. Das Finanzgericht hat die EWG-Verordnung einer Rechtsverordnung nach Art. 8o GG und den Rat einer Exekutivbehörde der Bundesrepublik gleichgesetzt, ohne zu beachten, daß die Verordnung gemäß Art. 189 Abs. 2 ein vereinfachtes G e s e t z-gebungsverfahren der Gemeinschaft darstellt und der Rat ein überstaatliches Organ ist. Staatliche Vorstellungen können auf die EWG nicht ohne weiteres übertragen werden. Art. 80 GG gilt daher für die EWG-Organe nicht [4].

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung über den Vorlagebeschluß zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des EWG-Vertrages keine Stellung zu nehmen brauchen, weil es den Vorlagebeschluß schon als unzulässig verwerfen konnte

---

1) Vgl. LAGRANGE, Schlußanträge in EuGH X, 1279 ff (129o)

2) Beschluß vom 14. 11. 1963, abgedruckt in NJW 1964 S. 376.

3) FROWEIN, AWD 1964 S. 233; OPHÜLS, AWD 1964 S. 65; STACHELS, JR 1965 S. 294 ff. (295).

4) BFH, VII 79/65, BSTBl. 1966, 79 ff; VerwG Frankfurt AWD 64, 6o ff.

und somit gar nicht erst zu einer Prüfung der materiellen Fragen gelangte [1].

Selbst wenn das Gericht aber einmal mit dieser Frage befaßt sein und dann das Zustimmungsgesetz zum EWG-Vertrag für verfassungswidrig erklären sollte, entfiele damit nur die innerstaatliche Verbindlichkeit des Vertrages[2]. Die BRD bliebe völkerrechtlich allein deshalb, weil sie den Vertrag unterzeichnet hat, an das Abkommen gebunden[3] und müßte nach Möglichkeiten suchen, ihren Verpflichtungen ohne Grundrechtsverletzung nachzukommen[4].
Es kommt deshalb in diesem Zusammenhang nicht auf die Frage der Verfassungswidrigkeit des Ratifikationsgesetzes an, weil das an der völkerrechtlichen Verpflichtung der BRD nichts ändert[5].

---

1) BVerfGE. 22, 138 ff. (151), Urteil vom 5.7.1967 = NJW 67, 1707 ff.
2) BADURA, DV Bl. 1965 S.112 ff (113,Nr. 8); BVerfGE. 4, 157 ff. ("Saarurteil").
3) GROSSFELD, JuS 66, 350 r, Sp.
4) CONSTANTINESCO, JuS 1965 S. 343, der die Meinung vertritt, entsprechend den Grundsätzen des Gutglaubensschutzes und von Treu und Glauben sei jeder Mitgliedstaat schon bei Vertragsschluß zu einer Verfassungskontrolle verpflichtet gewesen. Acht Jahre nach Inkrafttreten des Vertragswerkes könne er sich nicht mehr auf eine Verfassungswidrigkeit berufen, sondern müsse seine Verfassung nunmehr nach dem Vertrage richten, d. h. ein entsprechendes Abänderungsgesetz erlassen.
5) Auf diese Frage soll später (S.109 ff) eingegangen werden.

Wollte man auf überstaatlicher Ebene die Wirksamkeit der Richtlinie nach staatlichem Recht bemessen, dann würde jene Vorbehaltsklausel, die der EWG-Vertrag nicht enthält, praktisch in das Gemeinschaftsrecht eingeführt werden. Die Möglichkeit, die Rechtssetzungsakte nachträglich an der staatlichen Verfassung zu messen, würde die EWG- Organe de facto an die Einzelverfassungen binden.

Für völkerrechtliche Verpflichtungen ist grundsätzlich letztentscheidende Instanz bei einem Widerspruch zwischen Vertragsverpflichtung und Rechtsordnung des Staates das Vertragsrecht [1]. Nur aus der Gemeinschaftsordnung kann sich deshalb ergeben, ob die Richtlinie wirksam ist und den Adressaten bindet oder ob dieser Einwände erheben darf.

bb) Bindungswirkung der Richtlinie gegenüber staatlichen Stellen

Die Unanfechtbarkeit einer Richtlinie hätte zur Folge, daß diejenigen staatlichen Stellen, die nach der Verfassungsordnung des betreffenden Mitgliedstaates berufen sind, die Richtlinie auszuführen, verfassungswidrige Maßnahmen treffen müßten. Es erhebt sich dann die Frage, ob die staatlichen Gesetzgebungs- oder Verwaltungsorgane gezwungen wären, eine grundgesetzfeindliche Richtlinie auszuführen. Im Rahmen dieser Überlegung stellt sich auch das Problem des Vorrangs von übernationalen Rechtssätzen vor staatlichen Verfassungsgeboten oder umgekehrt, wenn nämlich sowohl die Richtlinie als auch das Verfassungsgebot sich unmittelbar an den deutschen Gesetzgeber richten und ihm eine bestimmte Handlung aufgeben.

---

1) BÜLOW, AWD 1963 S. 243 ff. (245).

Es gilt zunächst zu prüfen, ob nur der Mitgliedstaat oder auch die staatlichen Gewaltenträger wie Regierung, Verwaltung und Legislative unmittelbar an die Richtlinie gebunden sind.

Art. 189 Abs. 3 bestimmt, daß die Richtlinie für die M i t g l i e d s t a a t e n, an die sie gerichtet ist, verbindlich ist. Daraus ließe sich entnehmen, daß zwar der Staat, nicht aber seine Hoheitsträger verpflichtet werden.
Gegen diese Annahme spricht der Wortlaut des Art. 189 selbst, in dem es heißt (Abs. 3), den innerstaatlichen Stellen bleibe die Wohl der Form und Mittel überlassen.
Wenn die Richtlinie den staatlichen Gewaltenträgern für den modus procedendi freien Spielraum läßt [1], sie aber an das Ziel der Richtlinie bindet, dann liegt der Schluß nahe, daß sie selbst, und nicht allein der Mitgliedstaat, an das Ziel gebunden sind. Anders wäre es kaum zu erklären, daß und warum die "staatlichen Stellen" in Art. 189 erwähnt werden. Adressaten der Richtlinie könnten deshalb auch die innerstaatlichen Stellen sein.

Diese Auslegung erscheint u. a. deshalb zutreffend, weil die Bindung des Mitgliedstaates allein an die Richtlinie praktisch ein wirkungsloses Instrument wäre. Der Staat, der eine Richtlinie nicht ausführt, könnte nämlich gegenüber der Gemeinschaft einwenden, seine zuständigen Stellen weigerten sich, die Richtlinie zu befolgen. Er könne deshalb seiner vertraglichen Verpflichtung nicht nachkommen. Freilich würde er sich mit diesem Einwand nicht - wie bereits oben erwähnt - von der völkerrechtlichen Verpflichtung befreien können [2].

---

1) DAIG in Kommentar GROEBEN-BOECKH Vorbem. II 3 A vor Art. 189 (S. 179).

2) Vgl. oben S. 47 ff (65, 66)

Die mit der Richtlinie angestrebte Recht-setzung würde jedoch erheblich verzögert, wenn nicht gar vereitelt, weil der betreffende Staat erst wegen Nichtbeachtung der Richtlinie vor dem Europäischen Gerichtshof verklagt werden müßte, bevor man ihn dazu anhalten könnte, den Weisungen der Richtlinie nachzukommen.

Bedenken gegen die Auffassung, die Richtlinie verpflichte die staatlichen Stellen unmittelbar, ergeben sich einmal aus den Vertragsbestimmungen, nach denen nur die Mitgliedstaaten verklagt werden können, wenn sie den Vertragspflichten nicht nachkommen [1]. Wären die staatlichen Stellen direkte Adressaten der Richtlinie, so müßten evtl. auch Klagemöglichkeiten gegen sie selbst vorgesehen sein. Auch die Rechtsnatur der Richtlinie als "partikuläres Völkerrecht" spricht gegen eine derartige Auslegung. Schließlich sind nur die Mitgliedstaaten, nicht auch deren Organe, Völkerrechtssubjekte. Hinzu kommt, daß sich allein nach staatlichem Recht und nicht nach dem Vertrag oder dem Gemeinschaftsakt entscheidet, wer im Einzelfall zur Ausführung der Richtlinie zuständig ist. Andernfalls würde die Staatengemeinschaft in unzulässiger Weise in die Zuständigkeitsregelung der Mitgliedstaaten eingreifen.

Trotz dieser gewichtigen Gegenargumente sprechen m.E. folgende Gründe dafür, daß auch die innerstaatlichen Stellen unmittelbar durch die Richtlinie verpflichtet werden:
Das Argument, der Vertrag spreche bei den Richtlinien nur von Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, kann damit entkräftet werden, daß Art. 189 Abs. 3 auch - wie oben bereits ausgeführt - die "innerstaatlichen Stellen" erwähnt. Es wird, wenn ein Rechtssetzungsakt gegenüber einem Staat ergeht, die aus Staatsgebiet,

---

1) Art. 169, 170, 171 und 173

Staatsvolk und Staatsgewalt [1] bestehende juristische Person angesprochen, die nicht anders als mit Hilfe ihrer Organe - eben jener innerstaatlichen Stellen im Sinne des Art. 189 - handeln kann.

Daß allein gegen einen Mitgliedstaat geklagt werden kann, beruht darauf, daß nur er, nicht auch seine Organe, Völkerrechtssubjekt ist. Er haftet deshalb für seine Organe.

Die Richtlinie, die sich an einen oder mehrere Mitgliedstaaten wendet, erlegt letztlich deren Regierung oder Parlament die Verpflichtung auf, die Richtlinie auszuführen [2]. Man wird allerdings nicht soweit gehen dürfen, die innerstaatlichen Stellen den Gemeinschaftsorganen in einer Art "Auftragsgesetzgebung" [3] unterzuordnen und den "Auftragsbehörden" direkte Weisungsbefugnis zusprechen zu wollen. Eine derartige Eingliederung nationaler Hoheitsträger in den supranationalen Verwaltungsapparat sieht der Vertrag nicht vor. Das staatliche Recht bestimmt, welche staatlichen Stellen tätig werden sollen und welche Maßnahmen sie treffen müssen, um die Gemeinschaftsakte auszuführen.

---

1) ESCHENBURG, Staat und Gesellschaft in Deutschland, S. 13 ff (S. 16).

2) So mit Recht DAIG in Kommentar Groeben/Boeckh Vorbem. I 5 vor Art. 189; auch NICOLAYSEN, NJW 1964 S. 966 geht offensichtlich davon aus, wenn er davon spricht, daß die vertragliche Bindung "dem Gesetzgeber" oder "der Verwaltung" des Mitgliedstaates enge Grenzen setze und es ihnen nicht erlaube, das Ziel der Richtlinie unbeachtet zu lassen. Vgl. auch WOHLFAHRT, JurJb. Bd. 3 S. 241 ff. (248); ebenso EVERLING, Niederlassungsrecht S. 67; SALMON, RMC 1965, 1o5 ff; ZULEEG, DVBl. 66, 679 ff. (68o) Diskussionsbericht (Dr.Glaesner).

3) MUCH, Amtshaftung S. 24.

b) Kollision zwischen Gemeinschafts- und Verfassungsauftrag

Geht man davon aus, daß die Richtlinie des Rates nicht nur den Staat, sondern auch dessen Organe zu entsprechenden Maßnahmen verpflichtet, so stellt sich die Ausgangsfrage tatsächlich, ob der Gesetzgeber in der BRD ein Gesetz erlassen darf, dessen Erlaß ihm das staatliche Verfassungsrecht verbietet. Die Richtlinie, also die überstaatliche Anordnung, und die Verfassungsbindung nach Art. 21 Abs. 3 Grundgesetz in Verbindung mit Art. 12 treten miteinander in Konflikt.

Wohlverstanden taucht das Problem eines Rangverhältnisses zwischen Richtlinie und staatlichem Recht nicht im Verhältnis von Richtlinie nach Art. 57 Abs. 3 EWG-Vertrag und Grundrecht des Art. 12 GG für den Einzelnen auf, weil eine grundgesetzfeindliche Richtlinie noch nicht eo ipso das Grundrecht der Berufsfreiheit einzuschränken vermag. Sie besitzt nämlich keine Direktwirkung für den Gemeinschaftsbürger. Das Rangproblem stellt sich zwangsläufig nur für die staatlichen Gewaltenträger, die gemäß Art. 189 Abs. 3 an den Gemeinschaftsakt und nach Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG an die Grundrechte und Verfassungsprinzipien gebunden sind

und nun zu entscheiden haben, welchem Rechtssatz sie folgen müssen [1].

Wäre dieser Konflikt zu beurteilen wie die Kollision zweier Rechtssätze - etwa wie das Nebeneinander von Bundesrecht und Landesrecht - dann würde deren Rangverhältnis darüber entscheiden, ob der nationale Hoheitsträger dem Gemeinschaftsakt oder der Verfassung Folge leisten muß. Ein Nebeneinanderbestehen beider Weisungen wäre wegen ihrer Gegensätzlichkeit nicht möglich. Die Kollision könnte nur gelöst werden, indem man einer Vorschrift den Vorrang vor der anderen einräumt.

Da sich der Konfliktsfall für die innerstaatlichen Stellen stellt, würde das Rangverhältnis nicht nach Völkerrecht, sondern nach staatlichem Verfassungsrecht zu entscheiden sein. Voraussetzung für einen Vorrang des Verfassungsauftrages vor dem des Gemeinschaftsrechts wäre, daß die Verfassung im staatlichen Raum dem Gemeinschaftsrecht vorgeht.

Die Rangfrage ist in den letzten Jahren nur im Verhältnis von gemeinschaftsrechtlicher Verordnung

---

1) vgl. EHLE, NJW 1964 S. 2331 ff. (2332), der klarstellt, daß erst bei "einem echten Übergriff der einen Rechtsordnung in den Bereich der anderen" die Frage nach dem Rangverhältnis aufgeworfen wird. Weitergehend offensichtlich CONSTANTINESCO, JuS 1965 S. 295, der der Richtlinie auch dann noch "Gemeinschafts-Charakter" zumißt, wenn sie - in Form staatlicher Rechtsakte gekleidet - in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist. Die vom Mitgliedstaat aufgrund der Richtlinie erlassene Maßnahme sei "mittelbares Gemeinschaftsrecht" und könne mit staatlichem Recht kollidieren. Die Frage nach dem Rangverhältnis stelle sich auch insoweit.

und staatlichen Gesetzen oder Verfassungsgrundsätzen erörtert worden. Es erscheint jedoch denkbar, daß dieselben Überlegungen auch im Hinblick auf die mögliche Kollision zwischen Richtlinie und Verfassungsgebot angestellt werden können. Die Erwägungen, nach denen der einen oder der anderen Norm der Vorrang eingeräumt wird, müßten für das Zusammentreffen von Verfassung und Gemeinschaftsauftrag in gleicher Weise gelten, weil es sich hier wie dort um die Frage handelt, ob im Zweifel im innerstaatlichen Raum die Grundrechtsordnung oder die Weisung des EWG-Rates gelten soll.

c) Rangverhältnis zwischen Gemeinschaftsrechtssatz und deutschem Grundgesetz

Die Frage, ob dem Gemeinschaftsrecht oder dem nationalen Recht der Vorrang einzuräumen ist und ob ggf. dem Gemeinschaftsrecht sogar der Vorrang vor den staatlichen Verfassungen gebührt, ist seit Ratifizierung der Verträge über die Errichtung der europäischen Gemeinschaften einer der am heftigsten und häufigsten diskutierten Streitpunkte des Gemeinschaftsrechts [1]. Eine herrschende und eine deutlich als solche erkennbare Mindermeinung haben sich noch nicht herausgebildet, wenngleich sich die Stimmen zu mehren scheinen, die für einen Vorrang des Gemeinschaftsrechts plädieren [2].

---

1) Für die EGKS und die geplanten EVG und EPG vgl. "Kampf um den Wehrbeitrag" Band I und II München 1953; für die EWG vgl. BADURA, deutsches Verwaltungsblatt 65, 112 ff.; BÜLOW, Beiheft 29 ZHR S. 28 ff, CARSTENS, Festschrift für Otto RIESE, S. 65 ff.; CONSTANTINESCO, JuS 65, 340 ff.; CATALANO,Manuel S. 154 ff.; IPSEN, Beiheft 29 ZHR S. 1 ff.; KAISER, DVBl. 65, 111 ff.; VAN KLEFFENS, Festschrift OTTO RIESE S. 45 ff; MONACO, Festschrift OTTO RIESE, S. 27 ff; STEINDORFF, Rechtsnatur und Verfassung, S. 46/47; SCHLOCHAUER , Festschrift für W. Hallstein, S. 433 ff.

2) vgl. Übersicht bei GROSSFELD, JuS 66, 350, 351, Anm. 43, 51 - 54

Verständlicherweise vertreten die Gemeinschaftsorgane, vor allem die Kommission, die Auffassung, dem Gemeinschaftsrecht stehe grundsätzlich der Vorrang vor dem staatlichen Recht - und zwar auch dem Verfassungsrecht - zu [1].

aa) Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes zur Rangfrage

Der EuGH hatte im Jahre 1962 erstmalig Gelegenheit, zu diesem Problem Stellung zu nehmen ("Bosch-Urteil")[2]. In dem dort zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob Art. 12 EWG-Vertrag Direktwirkung besitzt. Das bejahte der EuGH grundsätzlich, fügte jedoch hinzu, die Frage, welche Folge das in den Mitgliedstaaten habe, bemesse sich nach staatlichem Recht. Der Gerichtshof könne darüber nicht befinden. Er nahm also zur Frage des Rangverhältnisses der beiden Rechtsmaterien noch keine Stellung.

Erst zwei Jahre später entschied der EuGH in dem Vorlageverfahren des Friedensgerichts Mailand, in dem als "ENEL-Entscheidung" [3] bekanntgewordenen Urteil, darüber und nahm zum Rangproblem, wie es sich aus seiner Sicht darstellt, eindeutig Stellung . Er bejahte den Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Gleichwohl hat diese vielbeachtete Entscheidung den Streit um die Rangfrage nicht beendet, sondern eher von neuem entfacht [4].

Um zu verstehen, warum der EuGH den Primat des Gemeinschaftsrechts festgestellt hat, muß man

---

1) Vgl. GROSSFELD, JuS 66, 352 und die dort in Fußnote 7o Genannten.

2) "Bosch gegen Tarifcommissie" IX S. 1 ff.

3) RSprE. X, 1255 ff.

4) vgl. die Anm. zu der Entscheidung von FROWEIN, AWD 64, 223 ff.; GROSSFELD, JuS 66, 347 ff.; CATALANO, Manuel S.; CONSTANTINESCO, JuS 65, 293 ff. u. 34o ff

zunächst die grundsätzliche Einstellung des Gerichtshofs zum Nebeneinander des internationalen oder supranationalen Rechts und des nationalen Rechts aus völkerrechtlicher Sicht kennen. Der Gerichtshof hat schon frühzeitig keinen Zweifel daran aufkommen lassen, daß er der dualistischen Theorie den Vorzug gibt [1].

Nach dieser Lehre - vor allem vertreten von TRIEPEL[2] und ANZILOTTI [3] - sind Völkerrecht und staatliches Recht zwei verschiedene Rechtsordnungen, deren jede in ihrer Rechtssphäre Geltung besitzt. Die strenge dualistische Theorie [4] leugnet folgerichtig eine echte Konfliktsmöglichkeit, weil die beiden Rechtskreise sich nicht schneiden.

Eine gemilderte Form des Dualismus [5] hält Konflikte zwischen beiden Rechtskreisen für möglich und stellt dafür bestimmte Regeln auf, nach denen das staatliche Recht im innerstaatlichen Raum zwar vorgeht, der Staat aber im Verhältnis zu den anderen Staaten, also nach außen, an das Völkerrecht gebunden ist. Die Staatenpraxis bei der Einstufung des Völkerrechts entspricht zumeist dieser Form der dualistischen Theorie [6].

Die monistische Theorie [7] geht aus von der Einheit

---

1) EuGH E RSpr. VIII, 11o (RS Nr. 13/61); EuGH E VI, S. 1184 (für den Montanunionsvertrag); EuGH E NJW 63, 974 (976), Entscheidung vom 5. 2. 1963.

2) "Völkerrecht und Landesrecht" 1899 (vgl. Menzel a.a.O. S. 5o)

3) Il Diritto Internazionale nei Giudici Interni, 19o5; spätere Vertreter: ROSS, Lehrbuch des Völkerrechts, 1951 S. 63; WALZ, Völkerrecht und staatliches Recht, 1933 (Zitate entnommen bei Menzel, Völkerrecht S. 5o)

4) MENZEL spricht von "dogmatischem Dualismus" vgl. Völkerrecht S. 5o;

5) derselbe S. 5o,

6) derselbe S. 51.

7) Begründer und Hauptvertreter: KELSEN, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts 2. Auflage 1928; VERDROSS, die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1929; (Zitate entnommen bei MENZEL, a.a.O. S.5o,51).

des rechtlichen Weltbildes, das Völkerrecht und staatliches Recht umschließt. Alles Recht wird auf eine Grundnorm zurückgeführt. Die Folge davon ist in jedem Fall eine eindeutige Vorrangregelung,und zwar entweder der Primat des Staatsrechts oder der des Völkerrechts vor dem anderen Recht [1].

Auch innerhalb der monistischen Lehre haben sich zwei Richtungen herausgebildet. Die streng dogmatische hält am Primat des Völkerrechts fest und leugnet jegliche Konfliktsmöglichkeit [2].

Die gemilderte monistische Theorie hält Konflikte für möglich, bejaht aber für diesen Fall den Primat des Völkerrechts [3].

Der EuGH vertritt offensichtlich einen gemilderten Dualismus. Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht bilden seiner Ansicht nach zwei getrennte selbständige Rechtsordnungen, von denen im Konfliktsfall das Gemeinschaftsrecht vorgeht [4]. Es umfaßt den Bereich, in dem die Mitgliedstaaten "auf ihre Souveränitätsrechte verzichtet haben" [5]. Der Gerichtshof stützt seine Ansicht auf die Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 und sieht den Vorrang des Gemeinschaftsrechts in Art. 189 Abs. 2 positiviert.

Die Ansicht des Gerichtshofs wird aus seiner Funktion als Wahrer des Vertragsrechts verständlich weil er über die Integrität des Gemeinschaftsrechts zu wachen hat, Daß er den Vorrang des Gemeinschaftsrechts im wesentlichen aus dem Vertrag selbst

1) MENZEL, S. 52 a.a.O.
2) Siehe Anmerkung 1
3) MENZEL, a.a.O. S. 51
4) EuGH E RSpr. VIII 1lo; NJW 63 976; X, 1255 ff.
5) EuGH E (ENEL-Entscheidung) lo, 1257, = AWD 64, 258 ff. (259)

herzuleiten versucht, erklärt sich daraus, daß ausschließlich er über Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu befinden [1] hat, daß ihm andererseits aber auch nur das Vertragsrecht als Handlungsgrundlage zur Verfügung steht.

Art. 5 verpflichtet die Partnerstaaten, alle im Interesse der Gemeinschaft liegenden Maßnahmen zu treffen; Abs. 2 dieser Vorschrift untersagt gemeinschaftswidrige Handlungen. Zweifellos ist diese Positivierung der Pflicht zur "Gemeinschaftstreue" ein wichtiger Bestandteil des Vertrages, der die Eigentümlichkeit dieser Staatenverbindung dokumentiert. Es erscheint jedoch nicht gerechtfertigt, in Art. 5 Abs. 2 den Vorrang des Gemeinschaftsrechts positiviert oder auch nur vorausgesetzt zu sehen.

Eine derart wichtige Entscheidung wie die Lösung des Konflikts zwischen staatlichem und Gemeinschaftsrecht hätten die Vertragsstaaten sicherlich deutlicher und eindeutiger getroffen als durch die sehr vage Formulierung des Art. 5.

Auch der Hinweis auf Art. 7 EWG-Vertrag überzeugt nicht. Zwar ist das Diskriminierungsverbot einer der ehernen Grundsätze des EWG-Vertrages [2]; er sorgt dafür, daß das Gemeinschaftsrecht in jedem Mitgliedstaat in gleicher Weise gilt. Das kann es zugestandenermaßen nur, wenn ihm kein staatliches Recht in irgendeinem Staat entgegensteht. Auch hier gilt aber, was schon oben gesagt wurde: der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist zwar eine Voraussetzung dafür, daß das Diskriminierungsverbot wirksam ist; er folgt jedoch

---

1) FROWEIN, AWD 1964, S. 234

2) vgl. oben Seite 9 ff.

nicht zwingend aus dieser Vorschrift.

Schließlich kann dem Art. 189 Abs. 2 nicht mehr entnommen werden, als daß die Verordnung unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt [1]. Das würde jedoch auch dann möglich sein, wenn dem Gemeinschaftsrecht nur der Vorrang nach der allgemeinen Regel "lex posterior derogat legi priori" zukäme.

Es wurde bereits erwähnt, daß der Standpunkt des EuGH aus völkerrechtlicher Sicht verständlich ist. Seine Ansicht ist jedoch nicht ohne weiteres für den innerstaatlichen Bereich gültig, da der Gerichtshof nur das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu staatlichem Recht vor dem Gemeinschaftsforum ("Auslegung des Vertrages", Art.177), nicht aber auch im innerstaatlichen Raum prüfen kann. Der Gerichtshof kann nur aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht beurteilen, inwieweit das Gemeinschaftsrecht Vorrang beansprucht. Ob sich das staatliche Recht dem in jedem Mitgliedstaat fügt, ist eine Frage, die sich allein nach staatlichem Recht beurteilt.[2]

Im Bereich des integrierten Gemeinschaftsrechts ist es deshalb grundsätzlich Angelegenheit der Mitgliedstaaten, das Rangverhältnis zu regeln [3]. Dafür spricht schon, daß der EWG-Vertrag nur in einem besonderen Falle einem Gemeinschaftsorgan (Rat) die Befugnis verleiht, das Verhältnis zwischen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Vertragsregelungen festzulegen (Art. 87

---

1) a.A.: IPSEN, a.a.O. Seite 21

2) So zu Recht GROSSFELD, JuS 66, 352 l.Sp.

3) So die weitaus überwiegende Lehre: SUY, Les Rapports S. 14; THIEME a.a.O. S. 73; BÜLOW a.a.O. S.57 f. mit weiteren Hinweisen
a.A.: CONSTANTINESCO, JuS 1965, S. 344

Abs. 2 Buchst. e für die Artt. 85 ff.) [1].

Daß der EuGH vom Bestehen zweier Rechtsordnungen ausgeht und den Primat des Gemeinschaftsrechts anerkennt, entspricht dem Wunsch, das junge Gemeinschaftsrecht der Einwirkungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten zu entziehen [2]. Das allein rechtfertigt jedoch nicht die Ansicht, Gemeinschaftsrecht und nationales Recht stünden auch im innerstaatlichen Raum unabhängig nebeneinander.

bb) Rechtsprechung staatlicher Gerichte und nationale Lehrmeinungen zur Rangfrage

Staatliche Gerichte haben zunächst nur zögernd, in jüngster Zeit aber häufiger, zur Rangfrage Stellung genommen. Die wohl bedeutsamste und zugleich überraschendste Entscheidung bildet das Urteil des italienischen Verfassungsgerichtshofs im Rechtsstreit COSTA gegen ENEL [3]; das Friedensgericht Mailand [4] hatte in einem Rechtsstreit, in dem es um die Bezahlung von Stromkosten ging, zur Vorabentscheidung darüber, ob das Gesetz über die ENEL [5], eine staatliche Elektrizitätsgesellschaft, dem EWG-Vertrag

---

1) EHLE, NJW 1964 S. 2331 ff. (2331) differenziert zwischen dem Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht einmal vor dem Gemeinschaftsforum (selbständige Rechtsordnung) und im innerstaatlichen Raum (integriertes Recht); dieser Unterscheidung soll hier gefolgt werden.

2) Dies wird in der ENEL-Entscheidung des EuGH besonders deutlich, vgl. AWD 1964, S. 259.

3) Corte Costituzionale, Sentenza 7 marzo 1964, veröffentlicht in foro italiano LXXXVII, parte I-3o, Sp. 465 ff.

4) Giudice Conciliatore di Milano, Ordinanza 21 gennaio 1964

5) Ente nazionale per l'Energia Elettrica, veröffentlicht im LEGGE Nr. 1943 vom 6. 12. 1962.

widersprach, dem EuGH, und zur Entscheidung der Frage, ob es dem Art. 11 der italienischen Verfassung [1] widersprach, dem italienischen Verfassungsgerichtshof vorgelegt.

Das italienische Verfassungsgericht kam zu dem Schluß, das ENEL-Gesetz verstoße nicht gegen die italienische Verfassung. Ein Gesetz, das von den Verträgen abweichendes Recht enthalte, sei nicht wegen mittelbaren Verstosses gegen Art. 11 der italienischen Verfassung nichtig. Zwar sei der italienische Staat an die Verträge gebunden; gleichwohl gelte der Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" auch im Verhältnis von späterem staatlichen Recht zu früherem Gemeinschaftsrecht. Die Vorrangfrage lasse sich nicht aus dem Wesen des Gemeinschaftsrechts beantworten; man brauche auch nicht zu prüfen, ob das ENEL-Gesetz dem Vertrag widerspreche, weil späteres Recht ohne-

---

1) Die Bestimmung lautet: "Italien weist den Krieg als Mittel zur Verletzung der Freiheit anderer Völker und zur Lösung internationaler Streitfragen zurück. Es stimmt unter den Voraussetzungen der Gleichberechtigung mit anderen Staaten jenen Einschränkungen seiner Souveränität zu, die für eine Ordnung, die Frieden und Gerechtigkeit unter den Nationen sichert, notwendig sind; es fördert und begünstigt die diesem Zwecke dienenden Organisationen ", Zitat entnommer bei GROSSFELD, JuS 66, 347,Fußnote 1.
Die Bestimmung gestattet, ähnlich wie Art. 25 GG, die Beteiligung Italiens an einer internationalen Organisation zur Sicherung des Friedens und der Gerechtigkeit unter den Nationen unter der Bedingung der Gleichberechtigung mit anderen Staaten (vgl. Corte Costituzionale, Foro Italiano LXXXVII, Parte I-3o, S. 478).

hin dem früheren vorgehe. Folgerichtig verneinte der italienische Verfassungsgerichtshof auch die Zulässigkeit der Vorlage zum EuGH.

Die Entscheidung des italienischen Gerichts ist überwiegend scharf kritisiert worden. In einer Anmerkung hat CATALANO [1] das Vorgehen des Verfassungsgerichts, das, ohne auf die Besonderheiten des EWG-Vertrages einzugehen, die Möglichkeit verneint, die staatliche Kompetenz wirksam zu beschränken, gerügt. Art. 11 der italienischen Verfassung läßt seiner Ansicht nach substanzielle Übertragungen von Hoheitsrechten zu und ermöglicht es, neue Kompetenzen auf die europäischen Gemeinschaften zu delegieren.

Mit der Frage, ob dem EuGH die Kompetenz zustehe, über die Rangfrage zu entscheiden, haben sich u.a. zwei französische Gerichte befaßt. Der Cour d'Appel d' Amiens [2] und der Cour de Cassation de France [3] haben hervorgehoben, Art. 177 eröffne dem EuGH zwar das Recht, über die Auslegung des Vertragsrechts, nicht jedoch über das Rangverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht zu befinden. Das sei vielmehr Aufgabe der staatlichen Gerichte.
Im Gegensatz dazu haben zwei italienische Gerichte, und zwar der Tribunale di Mondovi [4] sowie der Giudice Conciliatore di Milano [5], entschieden, die

---

1) Foro italiano S. 465 ff.

2) 3ème Chambre, Arrêt Correctionnel du 9 Mai 1963, Jurisclasseur périodique 1963, II Juris Nr. 13222
(Zitat entnommen aus Europarechtsprechung, Kölner Schriften zum Europarecht, Band 2a, Nr. 14o7).

3) Chambre criminelle, Arrêt du février 1964 - No 9o, 549/ 63 B, (Zitat entnommen vgl. Anm. 2).

4) Sentenza del 3o giugno 1964, Nr. 244/63 R 6, (Zitat aus europäischer Rechtsprechung 2 b, 157o) betreffend den MUV.

5) Urteil vom 1. 6. 1966, abgedruckt in Rivista di diritto europeo, 1966 S. 148 ff.

Regel "lex posterior" könne keine Gültigkeit besitzen, da sie dem Sinn des Vertrages widerspreche. Der Vertrag habe mögliche Konflikte zwischen staatlichem und Gemeinschaftsrecht vorausgesehen und die ausschließliche Kompetenz zur Konfliktslösung dem EuGH zugewiesen. Das Gemeinschaftsrecht gehe dem staatlichen Recht grundsätzlich vor.

In der Mehrzahl der Entscheidungen deutscher Gerichte wird dem Gemeinschaftsrecht ebenfalls Vorrang vor deutschem Recht eingeräumt. Vornehmlich die Finanzgerichte haben sich mit dem Rangproblem zu befassen gehabt, weil die Frage nach der Wirksamkeit von EWG-Verordnungen zunächst vorwiegend im Steuer- und Zollrecht auftauchte. Steuer- und abgabepflichtige Importeure wandten nämlich häufig gegenüber Abschöpfungen ein, die betreffenden Bestimmungen des Vertrages oder der Verordnungen seien nichtig.

Das Finanzgericht Saarland hat die Rangfrage in seiner Entscheidung vom 9. 9. 1966 [1] offengelassen, weil es mit der Regel der "lex posterior", die nach einhelliger Meinung zumindest auch im Verhältnis von Gemeinschafts- und staatlichem Recht zu gelten hat, auskam.

Das Finanzgericht Bremen [2] stellte in einer Entscheidung im Jahre 1963 fest, entsprechend der Regel "Bundesrecht bricht Landesrecht" gehe im Kollisionsfalle das supranationale Recht dem staatlichen Recht vor und setze als jüngeres Recht ältere entgegenstehende Vorschriften des

---

1) BB 66, 1338

2) Urteil vom 9. 4. 1963, AWD 1963, 281 ff (282)

Ausgleichssteuerrechts auf diesem Gebiet außer Kraft.

Das Gericht hat damit gleich zwei Kollisionsregeln angeführt: indem es den Grundsatz "Bundesrecht bricht Landesrecht" auf das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht anwandte, anerkannte es den uneingeschränkten Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem staatlichen Recht; zugleich zog es die Formel "lex posterior" heran. Dieses Zusatzes hätte es nicht nur nicht bedurft; er ist auch, nachdem zuvor auf die Regel "Bundesrecht bricht Landesrecht" verwiesen wurde, unlogisch.

Der Bundesfinanzhof befaßte sich in einer Entscheidung im Jahre 1965 [1] mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Ratifikationsgesetzes; zuvor hatte das Finanzgericht Rheinland-Pfalz in einem Vorlagebeschluß zum Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit angezweifelt [2]. Der Bundesfinanzhof kritisierte die Argumentation des vorlegenden Gerichts. Das Ratifikationsgesetz - so führte er aus - sei verfassungsmäßig, da der Bund nach Art. 24 GG in zulässiger Weise Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen habe. Daß den Gemeinschaftsorganen der Erlaß von Verordnungen gestattet werde, ohne sie an das Verfahren nach Art. 8o GG zu binden, liege an der grundsätzlich anderen Struktur der Gemeinschaftsverordnung gegenüber den Verordnungen nach dem Grundgesetz. Der abweichenden Ansicht des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz hat sich dann auch, soweit ersichtlich, kein anderes deutsches Finanzgericht

---

1) Urteil vom 23. 11. 1965, VII. 79/65 S, BStBl. 66, S. 79 ff.)82)
2) vgl. oben S. 95

angeschlossen.

In der mit Spannung erwarteten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts [1] hat das höchste Gericht der Bundesrepublik zur Rangfrage keine Stellung bezogen, weil es den Vorlagebeschluß bereits als unzulässig zurückweisen mußte und damit nicht mehr zu einer materiellen Prüfung der vom Finanzgericht aufgeworfenen Fragen gelangen konnte. Beim Studium der Entscheidungsgründe gewinnt man fast den Eindruck, als sei das Gericht erleichtert gewesen, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Ratifikationsgesetzes nicht nachprüfen zu müssen. Vor allem im Problem des Grundrechtsschutzes in der EWG hätte sich dem Gericht eine kaum zu lösende Aufgabe gestellt.

Die für die Bundesrepublik Deutschland erhoffte Klärung des strittigen Rangproblems durch eine Entscheidung des höchsten Gerichts ist somit ausgeblieben.[2] Der Meinungsstreit hält an, wenngleich die Verfechter der Lehre vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts an Zahl zunehmen.

Im folgenden soll ein Überblick über den derzeitigen Stand der Lehrmeinungen vermittelt werden, wobei auch die Ansichten einiger Autoren der Partnerstaaten kurz beleuchtet werden sollen. Vor allem ist zu untersuchen , ob und ggf. inwieweit dem Gemeinschaftsrecht Vorrang auch vor dem Verfassungsrecht eingeräumt wird.

Die Diskussion der Rangfrage hat seit Bestehen der EWG einen breiten Raum in der Erörterung des

---

1) BVerfGE NJW 67, 1707; vgl. auch oben S. 95 f.
2) S. auch oben S. 95 f.

Gemeinschaftsrechts eingenommen. Die Literatur dazu ist nahezu unübersehbar geworden [1]. Im Verlauf der Diskussion haben sich aber verschiedene Lehrmeinungen herausgebildet, die man folgendermaßen einteilen könnte: [2]

Die konventionelle-völkerrechtliche Methode [3] behandelt das Gemeinschaftsrecht nicht anders als gewöhnliches Völkerrecht. Sein Rang bestimmt sich danach, wie das jeweilige Verfassungsrecht das Völkerrecht einstuft. In der Bundesrepublik Deutschland hätte es folglich Gesetzesrang, weil der EWG-Vertrag durch einfaches Gesetz in das deutsche Recht transformiert worden ist [4]. Nach der Regel "lex posterior" würden spätere staatliche Gesetze dem Gemeinschaftsrecht vorgehen. Der Erlaß entgegenstehender staatlicher Gesetze würde zwar eine Vertragsverletzung darstellen; sie würde jedoch nicht dazu führen, daß das staatliche Recht nichtig wäre. Die Staaten wären nur völkerrechtlich verpflichtet, entgegenstehendes nationales Recht zu beseitigen.

Sie könnten gemäß Art. 169, 170 EWG-Vertrag durch Entscheidung des EuGH angehalten werden, dieser Verpflichtung nachzukommen. Ein solches Verfahren würde aber geraume Zeit beanspruchen, während die staatlichen Gesetze bereits Wirkungen entfalten könnten. Vertragsuntreue

---

1) Vgl. Übersicht bei GROSSFELD, JuS 66, 349 ff.; PRAASCH, a.a.O. S. 157 ff.; IPSEN, a.a.O. S.20 ff.
2) Siehe Anmerkung 1)
3) Die Bezeichnung stammt von IPSEN Beiheft 29 S.2; vgl. auch PRAASCH, S. 156; Hauptvertreter dieser Lehre sind SCHLOCHAUER, AVR 1963/64 S. 22 ff.; SCHEUNER, Verdroß-Zeitschrift S. 241. In Belgien: SUY, Les Rapports entre le droit communautaireet le droit interne des EM, S. 49
4) Auf die Streitfrage, welchen Rang es genau einnimmt, nämlich ob es über den einfachen Gesetzen, aber unter dem Grundgesetz steht, soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu MENZEL, Völkerrecht, S. 63 ff.

Staaten würden somit für vertragswidriges Verhalten auf Zeit "pramiert" werden [1]. Zudem würde der Rang des Gemeinschaftsrechts in den 6 Mitgliedstaaten nach dem traditionell-völkerrechtlichen Standpunkt unterschiedlich sein, je nachdem, welchen Rang das staatliche Recht dem Ratifikationsgesetz und damit dem Gemeinschaftsrecht einräumt [2]. Das würde zu Diskriminierungen innerhalb der Gemeinschaft führen, die der Vertrag gerade verhindern will, und damit einem bedeutenden Prinzip das Gemeinschaftsrechts widersprechen [3].

Ebenfalls auf dem Boden der traditionell-völkerrechtlichen Methode gründen sich pragmatische Lösungsversuche [4]. Sie schränken die möglichen Kollisionsfälle soweit wie möglich durch Auslegung des Vertrages und des mitgliedstaatlichen Rechts ein, so daß die Konfliktsfälle an Zahl und Bedeutung verlieren. Die Verfechter dieser These heben insbesondere hervor, daß der nationale Gesetzgeber dem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht zuwiderhandeln wolle, wie sich schon aus Art. 2 des Zustimmungsgesetzes ergebe [5].

Um geplante europäische Rechtssetzungsmaßnahmen bei der eigenen Gesetzgebung berücksichtigen zu können, lassen sich Bundestag und Bundesrat ständig vom Stand der europäischen Rechtssetzung informieren.

---

1) GROSSFELD, JuS 66, 351 li. Sp.
2) Vgl. dazu die Übersicht über die unterschiedliche Behandlung von Völkerrecht in den 6 Partnerstaaten bei PRAASCH, a.a.O. S. 156 bis 158.
3) PRAASCH a.a.O. Seite 159.
4) Ausdruck von PRAASCH, a.a.O. Seite 16o und IPSEN, Bensheim Seite 1o. Als Hauptvertreter gilt: JAENICKE, ZaöRV 1966, 495 ff. und ZaöRV Band 19 (MAKARCV-Festgabe) S. 153 ff.
5) PRAASCH, a.a.O. S. 16o.

Es wird weiter angeführt, das staatliche Recht sei "gemeinschaftskonform" auszulegen, d.h., jene Auslegung sei zu wählen, die dem Gemeinschaftsrecht weitestmögliche Geltung verschaffe.[1]

Dieser Ansicht ist zwar zuzugeben, daß sie mögliche Kollisionen auf ein Minimum reduziert; dieses Minimum bleibt jedoch und damit auch die grundsätzliche Frage, wie in einem Fall tatsächlicher Kollision zu verfahren ist. Die pragmatischen Lösungsversuche bringen deshalb keine tatsächliche Konfliktslösung und sind letztlich nicht geeignet, den Streit um die Rangfrage abschließend zu klären.

Um diese Nachteile zu vermeiden und klare Verhältnisse zu schaffen, fordert eine nicht unerhebliche Gruppe von Stimmen,[2] daß das dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Recht ohne weiteres wirkungslos sein müsse. Die Begründung dieser Meinung, die man als "fortschrittlich-europäische Methode"[3] bezeichnen könnte, ist mannigfaltig.

Die Theorie vom "partiellen Bundesstaat" sieht die Gemeinschaft als einen sich auf einen Bundesstaat hin entwickelnden Staatenbund, auf den die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 24 GG Hoheitsrechte übertragen und sich selbst dadurch dieser Kompetenz begeben habe. Zum Teil wird die Übertragung im Sinne einer Abtretung (cessio iuris), also dinglich gesehen mit der Folge, daß die "abgetretenen Rechte" der Bundesrepublik sub-

1) FRIAUF, AöR 85, 224 ff. (230)
2) S. unten S. 118 Anm. 1
3) PRAASCH, a.a.O. Seite 160, spricht von "Integrationsmethode"

stanziell verlorengegangen sind [1].
Allein die Gemeinschaft soll nach dieser Theorie auf den ihr zugewiesenen Sachgebieten noch zuständig sein.

Diese Konstruktion wird überwiegend als zu weitgehend abgelehnt [2] und dazu angeführt, der Begriff der Übertragung dürfe nicht wörtlich verstanden werden [3]. Der Verfassungsgeber hätte, um Mißverständnisse zu vermeiden, besser von der "Einräumung von Hoheitsrechten" oder der

---

1) K.H. KLEIN, Die Übertragung von Hoheitsrechten S. 35; OPHÜLS, NJW 63, 1699 (Fußnote 10); PRAASCH, a,a,O. Seite 143; WOHLFAHRT in Kommentar WOHLFAHRT, Vorbem. 3f vor Art. 189; derselbe, Europäische und deutsche Rechtsordnung, S. 176 ff; anders aber in Juristenjahrbuch Band 3, 241 ff. (260); STEIGER, Die Unabhängigkeit der Rechtssetzung der europäischen Gemeinschaft, unterscheidet zwischen Abtretung "in substantiam" und "ad usum" (Seite 67); vergl. dazu auch K.H. KLEINa.a.O. S. 22 und 35.
Bereits bei der Beratung des zur Gründung der EGKSt führenden Schuhmann-Planes herrschte Uneinigkeit über die Verwendung des Begriffs "confier" im Zusammenhang mit der Übertragung staatlicher Befugnisse. Es fanden sich Stimmen, die statt dessen die Verwendung des Begriffs "déléguer" oder "transférer" forderten. In den endgültigen Text wurde keiner der drei Begriffe übernommen; man überließ die Lösung offensichtlich der Praxis, nämlich der Auslegung des Vertrages (vergl. dazu MOSLER, Festschrift für W. HALLSTEIN, S. 375).

2) MAUNZ-DÜRIG, Anm. 5 zu Art. 24 Grundgesetz; ERLER, VVDStRL. 18, 94; HERBERT KRÜGER, DÖV 1959, 721 ff. (722); WOHLFAHRT, Juristenjahrbuch Band 3 S. 241 ff. (260); MÜNCH, Berichte DGVR, Heft 2 S. 73 ff. (87).

3) WOHLFAHRT, Juristenjahrbuch Band 3 S. 260, führt an, nach dem lateinischen Wortgebrauch sei die Übertragung nicht ein "transferre", sondern ein "conferre".

"Duldung hoheitlicher Tätigkeit durch internationale Organisationen" gesprochen [1]. Art. 24 GG enthalte keinen dinglichen Verzicht auf Souveränitätsrechte, sondern lediglich einen Verzicht auf den Ausschließlichkeitsanspruch, den die Staatsgewalt bislang innerhalb des Staatsgebildes erhoben habe [2].

Die Vertreter der Lehre, die in der "Übertragung" eine Kompetenzbeschränkung der Mitgliedstaaten zugunsten der Gemeinschaft sehen, vergleichen die EWG mit einem Bundesstaat und entnehmen die Kollisionsregelung dem Satz "Bundesrecht bricht Landesrecht" [3]. Diese Deduktion ist nicht unbedingt stichhaltig. Auch in einem Bundesstaat besteht nämlich nicht notwendigerweise die Regelung, daß das Bundesrecht dem Landesrecht vorgeht. Dazu bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Vorschrift wie z.B. der des Art. 31 des deutschen Grundgesetzes [4]. Ein dieser Norm entsprechender Rechtssatz findet sich in den Gemeinschaftsverträgen nicht; er kann auch im augenblicklichen Stadium der Entwicklung nicht kraft Gewohnheitsrechtes gelten, weil die EWG "noch" kein Bundesstaat ist [5].

Zwar weisen die europäischen Gemeinschaften einige neuartige Züge auf, die den klassischen völkerrechtlichen Verbindungen fremd sind, z.B. die Direktwirkung der Gemeinschaftsakte und die weitgehende Regelungsbefugnis der Gemeinschaftsorgane; jedoch darf nicht übersehen werden, daß ihr diese Befugnisse nur auf bestimmten wirtschaftlichen Sachgebieten zustehen [6].

---

1) GROSSFELD, JuS 66, 351
2) MAUNZ-DÜRIG, Rdnr. 5 zu Art. 24 GG, SCHMIDT-BLEIBTREU, Rdnr. 1 zu Art. 24 GG
3) GROSSFELD, JuS 66, 351
4) PRAASCH, a.a.O. S. 162; THIEME, VVDStRL 18,29
5) EVERLING, NJW 67, 471
6) MÖHRING, Rechtsvereinheitlichung und Rechtsgarantie, NJW 65, 2225 ff.

Die EWG besitzt weder den Willen, Staatsgewalt auszuüben, noch die "Allmacht des Staates" [1]. Ihre Charakterisierung als "partieller Bundesstaat" ist im übrigen nichtssagend. Zu Recht weist BÜLOW [2] darauf hin, daß ein derartiges Gebilde kaum vorstellbar sei, weil es keinen "teilweisen Staat" geben könne.

Auch mit der Bezeichnung "bundesstaatsähnlich" ist nicht mehr über das Wesen der EWG gesagt, als daß die Art ihrer Rechtssetzung und Verwaltung in vieler Hinsicht der eines Bundesstaates gleicht. Von einem Bundesstaat selbst ist die EWG aber noch weit entfernt, zumal ihr so wesentliche Eigenschaften wie Bundeszwang, gemeinsame Außen- und Verteidigungspolitik, gemeinsame Staatsangehörigkeit und Gebietshoheit fehlen [3].

Eine andere Theorie, die man als "verfahrensrechtliche Lösung" bezeichnen könnte [4], stützt sich zur Rechtfertigung der These, dem Gemeinschaftsrecht stehe der Vorrang vor nationalem Recht zu, auf Art. 177 EWG-Vertrag. Wenn schon dem EuGH das alleinige Recht der Vorabentscheidung bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts eingeräumt sei, so argumentieren ihre Verfechter, dann müsse er auch die Befugnis haben, über Kompetenzkonflikte zu entscheiden.

Auch diese Ansicht wird nur von einer Mindermeinung vertreten. Man wird ihr entgegenhalten müssen, daß Art. 177 in erster Linie eine Verfahrensvorschrift darstellt [5], der keine

---

1) WOHLFAHRT, JurJahrb. Bd. 3 S. 259; MÜNCH, Berichte DGVR Heft 2 S. 73 ff. (77), nennt in diesem Zusamenhang die Unbegrenztheit der Aufgaben des Staates als eines seiner wesentlichen Kriterien.
2) In Beiheft 29 ZHR S. 41; vgl. auch CATALANO, La Comunità Economica Europea e l'Euratom, S. 6.
3) BÜLOW a.a.O. S. 241.
4) Derselbe, S. 47 ff; Ausdruck von IPSEN, a.a.O. S. 5.
5) GROSSFELD, JuS 66, 351 re.Sp.; IPSEN, Beiheft 29 ZHR S. 5

materiellen Entscheidungen über Vorrangprobleme entnommen werden können. Darüber hinaus läßt Art. 177 diese Auslegung seinem Gehalt nach auch nicht zu; denn selbst wenn dem Gerichtshof das ausschließliche Recht zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuerkannt wird, besagt dies noch nichts über die Qualität des Gemeinschaftsrechts im innerstaatlichen Raum.

Zahlreich sind schließlich die Stimmen, die nicht im Vertrag nach einer "Vorrangsklausel" suchen, sondern den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem staatlichen Recht allgemein aus der Eigenart der Gemeinschaft, dem Gemeinschaftscharakter ableiten [1], wobei IPSEN [2] den Ausgangspunkt in Art. 189 Abs. 2 EWG-Vertrag sieht, als der "Wert- und Qualitätsbestimmung der Gemeinschaftsverordnung".

Um das Wesen der Gemeinschaft zu beschreiben, werden häufig die Eigenschaften "supranational" "bundesstaatlich" oder "bundesstaatsähnlich" genannt [3]. Sie beschreiben ihre Rechtsnatur zwar nur unzureichend, weisen jedoch auf die starke Unabhängigkeit der EWG gegenüber den Mitgliedstaaten und deren Rechtsordnungen hin. Der Vertrag selbst enthält die Bezeichnung "supranational" nicht. Dagegen taucht sie im Montanunionsvertrag an

---

1) IPSEN, a.a.O. S. 2o ff.; CONSTANTINESCO, JuS 65, 345 ff; GROEBEN-BOECKH, Kommentar zum EWG-Vertrag, Anm. 3 c zu Art. 1; GROSSFELD, JuS 66, 352; FURLER, NJW 65, S. 14o4 ff., der allerdings auch von Souveränitätsbeschränkung und Übertragung im dinglichen Sinne spricht; MESTMÄCKER, BB 1968, S. 1299; ZWEIGERT ZaöRVR 1964, 639.

2) IPSEN, Beiheft 29 ZHR, S. 5

3) Vgl. statt vieler ERLER, a.a.O. S. 15

zwei Stellen (Art. 9 Abs. 5 Satz 3 und Abs. 6) auf, ohne jedoch als Wesensmerkmal dieser Gemeinschaft bezeichnet zu werden [1].

In den Vertragsentwürfen zur Gründung einer europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG) und einer europäischen politischen Gemeinschaft (EPG) [2] war deren überstaatlicher Charakter deutlich hervorgehoben. Mit Rücksicht auf die wiedererstarkende Nationalstaatlichkeit haben die Vertragsschließenden 1957 in Rom den Begriff des Supranationalen gemieden; eine Betonung der Überstaatlichkeit hätte die Ratifizierung der Verträge durch die staatlichen Parlamente gefährden können [3].

Obwohl er im Vertragstext nicht hervorgehoben ist, tritt der supranationale Charakter der Gemeinschaft an vielen Stellen des Vertrages deutlich in Erscheinung, vor allem bei Aufzählung der Befugnisse der Gemeinschaft. Verwaltung und Rechtsprechung der Gemeinschaftsorgane sind im gesamten EWG-Bereich wirksam, ohne daß es einer Transformation bedarf. Die Mitgliedstaaten können mit Hilfe von Richtlinien des Rates oder der Kommission angewiesen werden, bestimmte Maßnahmen vorzunehmen oder zu unterlassen.

Ob man wegen der Durchgriffsmöglichkeit zum einzelnen Bürger die Rechtsnatur der EWG mit

---

1) JAENICKE in STRUPP-SCHLOCHAUER, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. III "Supranationale Organisationen" Ziff. 1 (S. 424)

2) Entwurf des Vertrages über das Statut der Europäischen Gemeinschaft (ursprünglich: Politische Gemeinschaft) vgl. BINDSCHEDLER, a.a.O. S. 263, 332.

3) OPHÜLS, Zur ideengeschichtlichen Herkunft der Gemeinschaftsverfassung, HALLSTEIN-Festschrift, S. 403; JAENICKE, MAKAROV-Festgabe, ZaöRV Bd. 19 S. 153 (154); derselbe in STRUPP-SCHLOCHAUER, Wörterbuch des Völkerrechts Bd. IV "Supranationale Organisationen" Ziff. 1, S. 424.

ERLER [1] als "transnational" oder mit der überwiegenden Meinung [2] als "supranational" bezeichnet, ist eine Formulierungsfrage. Ebenso verhält es sich mit der Unterscheidung, ob eine Staatengemeinschaft bereits als supranational bezeichnet werden kann, wenn einzelnen Organen Hoheitsrechte gegenüber Staaten und deren Bürgern zustehen, oder erst, wenn das maßgebliche O r g a n der Staatenvereinigung Vertragsziele ohne Rücksicht auf einzelstaatliche Sonderinteressen verfolgen darf [3]. Nicht der allgemein gebräuchliche Begriff supranational, sondern die Ausgestaltung des Vertrages im einzelnen kennzeichnet das Wesen der EWG. Der Begriff ist lediglich als Ordnungsschema [4] zur Unterscheidung von den als "international" bezeichneten klassischen Staatenverbindung von Bedeutung.

Das auffallendste Wesensmerkmal ist die weitgehende Autonomie [5] der Gemeinschaft gegenüber ihren Mitgliedstaaten. Der Vertrag stellt nicht nur völkerrechtliche Bindungen zwischen den Mitgliedstaaten her, sondern bildet die Verfassung der EWG [6],

---

1) a.a.O. Seite 22 ff; seiner Ansicht nach ist nicht das Über-Unterordnungsverhältnis neu und wesentlich, sondern die Möglichkeit, durch die Staatsgrenze durchzugreifen.

2) Vgl. statt vieler ERLER a.a.O. S. 22 ff.

3) JAENICKE, Berichte DGVR, Heft 2, S. 23o ff.; in diesem Fall wäre die EWG noch nicht supranational, weil dem Rat als dem von den Mitgliedstaaten weithin abhängigen Organ die wichtigsten Rechtssetzungsbefugnisse zustehen, während die weithin unabhängige Kommission in den meisten Fällen auf das Vorschlagsrecht beschränkt ist.

4) JAENICKE, vgl. Anm. 2.

5) CONSTANTINESCO, JuS 1965, 292 spricht von "Eigentümlichkeiten", um die Einzigartigkeit der Gemeinschaft vorzuheben.

6) Vgl. auch OPHÜLS, Zur ideengeschichtlichen Herkunft der Gemeinschaftsverfassung, Festschrift für W. HALLSTEIN, S. 387.

indem er Organe schafft und ihnen Pflichten und Rechte im Hinblick auf die Errichtung eines gemeinsamen Marktes erteilt.

Das Inkrafttreten des EWG-Vertrages war ein "originärer Rechtsakt"[1]; durch ihn wurde die Gemeinschaft, ein neues Völkerrechtssubjekt, ins Leben gerufen. Sie hat sich danach von ihren Schöpfern und deren Rechtsordnungen gelöst und führt seither ein eigenes, allein auf dem Vertrag beruhendes Rechtsleben[2]. Insoweit besteht weitgehend Einhelligkeit bei der Beurteilung des Wesens der Gemeinschaft[3].

Schließlich läßt sich aus weiteren Merkmalen, nämlich der unbestimmten Geltungsdauer und der Unkündbarkeit des Vertrages (Art. 240) entnehmen[4], daß die vertragschließenden Mitgliedstaaten kein internationales Abkommen herkömmlicher Art, sondern eine neuartige Form der Staatenverbindung schaffen wollten, die auf eine ständig fortschreitende Integration Europas hinwirken soll.

In diese Richtung weist auch ein weiteres Wesensmerkmal der EWG, der oft zitierte "Gemeinschaftscharakter"[5]. Der Vertrag enthält keine zweiseitigen, sondern mehrseitige Erklärungen und

---

1) MEYER-LINDENBERG, Berichte DGVR 4, 84 ff.(112); BADURA, DVBl. 1965, 112 ff. (113) Leitsatz II (14) spricht von "Originärer und einheitlicher Gewalt" vgl. auch CONSTANTINESCO, JuS 1965, 292.

2) KÜCHENHOFF, DÖV 1963, 166 Anm. 86; SCHÜLE, ZaöRV 16, 227 ff. (244); a.A.: ERLER, a.a.O. S. 34. Er nennt den Geltungsgrund des Gemeinschaftsrechts eine "zeitgebundene Zusammenstellung immanenter sachgebundener Zweckhaftigkeiten, die nur matt von rechternüchterten Hoffnungen auf die Schaffung einer wahrhaften europäischen Lebensgemeinschaft verklärt werden".

3) Vgl. die zu 1) und 2) Genannten sowie MÜNCH, Berichte DGVR Heft 2, S. 76 Anm. 13.

4) Der Vertrag über die Montanunion sieht nur eine 50jährige Laufzeit vor, Art. 97 EGKSV.

5) CONSTANTINESCO, JuS 1965, 340.

Beziehungen, die sämtlich auf die Errichtung einer gemeinsamen Institution abzielen. Der Unterschied zu den klassischen multilateralen Abkommen besteht darin, daß die Gemeinschaft sich aus "Teilbereichen nationalen Lebens"[1], nämlich aus der Wirtschafts- und Sozialpolitik der Mitgliedstaaten, zusammensetzt.

Wenn auch die erwähnten Eigenschaften der EWG (Supranationalität, Tendenz zum Bundesstaat, Autonomie der Organe, unbestimmte Vertragsdauer, Gemeinschaftscharakter) keine Neuschöpfungen auf dem Gebiet internationaler Zusammenarbeit sind, so ist doch eine derartige Zusammenballung und Potenzierung [2] von überstaatlichen Befugnissen ungewöhnlich. Eine Einordnung der EWG in überkommene staats- oder völkerrechtliche Kategorien erscheint nicht möglich [3]; sie ist auch unnötig, da die genannten Wesensmerkmale sie hinreichend qualifizieren.

In der Tat wird man den Vorrang des Gemeinschaftsrechts, wenn man sich nicht nur zu seiner Notwendigkeit, sondern schon zu seiner Existenz bekennt, nicht aus einer mehr oder weniger versteckten Bestimmung des Vertrages herauslesen, sondern ihn allenfalls der Natur des Gemeinschaftsrechts entnehmen können. Dogmatisch läßt sich die Vorrangfrage nicht mit Hilfe einer - auch noch so wohlmeinenden - Auslegung der oft in diesem Zusammenhang genannten Art. 5, 177 oder 189 des Vertrages [4] zugunsten eines absoluten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts klären. Allen Versuchen dieser

---

1) CONSTANTINESCO, JuS 1965, 34o.

2) BÜLOW, Aktuelle Fragen Beiheft 29 ZHR S. 41,
3) BINDSCHEDLER, a.a.O. S. 258 für die wesensgleiche Montanunion.
4) So allerdings im Ansatz IPSEN a.a.O. S. 21.

Art muß entgegengehalten werden, daß die Vertragschließenden, wenn sie das Problem hätten lösen wollen, selbst eine Vorrangsklausel in den Vertrag hätten aufnehmen können. Sie haben das - bewußt oder unbewußt - unterlassen. Davon muß ausgegangen werden.

Folglich läßt sich die These, das Gemeinschaftsrecht nehme im innerstaatlichen Raum einen Vorrang vor dem staatlichen Recht ein, nur mit dem Wesen dieses neuen Rechts und der Gemeinschaft, der es entstammt, begründen. Die Natur des Gemeinschaftsrechts spricht aber in derartig starker Form für dessen Vorrang, daß man nicht nur fordern muß, dem Gemeinschaftsrecht den Vorrang einzuräumen, sondern daß man ihn jetzt schon als existent anzusehen hat. Der Vorrang gebührt nicht nur, er gehört dem Gemeinschaftsrecht [1]. Dazu mag noch einmal auf die Eigenschaften hingewiesen werden, die einen Vorrang des Gemeinschaftsrechts zwingend notwendig machen:

Besonders drei Wesenszüge der EWG sind hier von Bedeutung: die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihrer Staats-angehörigen [2], die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts [3] und dessen gleichbleibende Wirkung [4].

Die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich gleichberechtigt. Ihre unterschiedliche Größe und Bevölkerungszahl werden nur bei der Bemessung des Stimmrechts, Art. 148, oder bei der Vertretung in den einzelnen Gremien - für die Versammlung z.B. in Art. 137 - berücksichtigt. Dieses

---

1) IPSEN, a.a.O. S. 27 führt dazu aus, die Staaten hätten es nicht vermieden, sondern vorgezogen, sich selbst im Verhältnis zur Gemeinschaft zu unterwerfen.

2) CONSTANTINESCO, JuS 64 S. 344; GROEBEN-BOECKH, Anm. 3 c zu Art. 1 EWG-Vertrag.

3) CONSTANTINESCO, JuS 65, S. 345.

4) Vgl. Anm. 3).

Gleichgewicht wäre gestört, wenn die Vorrangfrage nicht einheitlich zugunsten des Gemeinschaftsrechts gelöst würde.

Die Gleichberechtigung der Marktbürger ergibt sich aus Art. 7 EWG-Vertrag [1]; auch dieses Gebot der Gleichbehandlung aller Staatsangehörigen, gleichviel in welchem der 6 Staaten sie sich aufhalten, würde verletzt, wenn die Geltung des Gemeinschaftsrechts nicht in der gesamten Gemeinschaft gleich wäre.

Aus dem Grundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten und des Gemeinschaftsrechts in der EWG folgt das Prinzip der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts. Ein einheitlicher Wirtschaftsraum kann nur geschaffen und erhalten werden, wenn das Wirtschaftsrecht eine einheitliche Geltung besitzt. Dieser Funktionsgedanke des Gemeinschaftsrechts hat seinen Niederschlag in Art. 189 Abs. 2 gefunden [2]. Dadurch, daß die Verordnung ohne weitere Transformations- oder Ausführungsmaßnahmen in jedem Mitgliedstaat direkt wirkt, besitzt sie im gesamten Raum der Gemeinschaft gleichermaßen Geltung. Einheitlichkeit und Unmittelbarkeit würden aber gefährdet werden, wenn dem Gemeinschaftsrecht nicht einheitlich der Vorrang eingeräumt, sondern die Geltung der Gemeinschaftsnormen in einem oder in mehreren Staaten eingeschränkt würde und sie damit unterschiedliche Wirkungsgrade hätten.

---

1) In der Entscheidung vom 17. 7. 1963 (RS 13/63, NJW 64 S. 374) hat der EuGH sie ausdrücklich als allgemeines Prinzip der Gemeinschaft bekräftigt; vgl. auch WOHLFAHRT in Kommentar WOHLFAHRT Anm. 1 zu Art. 7 EWG-Vertrag.

2) CONSTANTINESCO, JuS 65, 345; IPSEN, Beiheft 29, S. 20,
ZWEIGERT, ZaöRVR 1964, 639.

cc) Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch vor staatlichem Verfassungsrecht

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht im Range einfacher Gesetze wird überwiegend [1] - wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen -[2] bejaht; daß ihm auch der Rang über der nationalen Verfassung einzuräumen sei, wird jedoch nur von einigen wenigen Stimmen gefordert und vertreten [3].

Eindeutig hat allerdings der EuGH in der ENEL-Entscheidung festgestellt, dem Gemeinschaftsrecht komme Vorrang vor jeglichem staatlichen Recht zu [4]. Damit hat er auch das Verfassungsrecht dem Gemeinschaftsrecht unterstellt [5]. Bejaht man die Notwendigkeit des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht prinzipiell, dann darf man auch für staatliches Verfassungsrecht keine Ausnahme davon machen. Andernfalls könnte ein Mitgliedstaat über eine Verfassungsänderung oder Verfassungsergänzung Gemeinschaftsrecht abändern oder beseitigen und dessen Einheitlichkeit auf diesem Wege empfindlich stören [6]. Wenn schon mit der uneingeschränkten Geltung des Gemeinschaftsrechts Ernst gemacht wird, dann darf auch die staatliche Verfassung davon nicht ausgenommen werden.

---

1) Vgl. S. 118 ff. und die dort Genannten.

2) GROSSFELD, JuS 66, 353; IPSEN, Beiheft 29 S. 27 spricht vom "dispensierenden Verfassungshebel des Art. 24 GG"; STEINDORFF, Rechtsschutz und Verfahren, S. 57; ZWEIGERT, a.a.O. S. 639; a.A.: EVERLING, BB 55/55; BUCHER, NJW 57, 850 ff. ERLER, VVDStRL 18, 43 ff; HAMANN, Art. 24 Anm. B 4; EHLE, AWD 1963, S. 157 ff (159)

3) Bd. X S. 1255 ff (1257); vgl. auch ZWEIGERT a.a.O. S. 639.

4) GROSSFELD, JuS 66, 352.

5) Vgl. Anm. 4.

6) CONSTANTINESCO a.a.O. S. 345.

Gerade das ist naturgemäß der Punkt, an dem sich die Diskussion um den Vorrang des Gemeinschaftsrechts ständig entzündet [1]; insbesondere in der BRD, in der der Verfassung, vor allem den Grundrechten der Art. 1 bis 2o GG, bei der Auslegung von Gesetzen eine eminent wichtige Rolle zukommt, erscheint es kaum vertretbar, die Intregrität des Grundgesetzes"der Gemeinschaft zu opfern " und den deutschen Bürger in "einen Raum geminderter Rechtsstaatlichkeit zu entlassen" [2].

Zu Recht hat HEINZ WAGNER [3] in diesem Zusammenhang angeführt, man könne nur mit erheblicher Bewußtseinsspaltung auf der einen Seite im innerstaatlichen Bereich die Intregrität des Verfassungsrechts um jeden Preis zu erhalten trachten und quasi einen "Grundrechtsrigorismus" betreiben, während man im gemeinschaftsrechtlichen Raum den Vorrang des Gemeinschaftsrechts fordere und allen, die auf den uneingeschränkten Bestand der Grundrechte pochten, schlechtes Europäertum vorwerfe [4]. Hier besteht tatsächlich ein Widerspruch, den es zu beheben gilt.

Bedenken hinsichtlich einer möglichen Verletzung des Grundgesetzes durch europäische Organe hat man vielfach mit dem Hinweis auf Art. 79 Abs. 3 GG auszuräumen versucht [5]. Es ist allgemein

---

1) Vgl. PRAASCH, a.a.O. S. 172; Heinz WAGNER, a.a.O., S. 359

2) ERLER, VVDStRL 18, S. 33; a.A.: GROSSFELD, JuS 66, 353

3) Grundbegriffe des Beschlußrechts der Europäischen Gemeinschaften, S. 347.

4) Vgl. Anm. 3).

5) K.H.KLEIN, Übertragung S. 22 ff.; GLAESNER ,DÖV 1959, 653;
SCHEUNER, Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. 2 2. Halbband S. 94 ff. (143);
BÜLOW, Beiheft 29, S. 57 .

anerkannt [1], daß die Bundesrepublik Hoheitsrechte nur im Umfang einer zulässigen Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG vergeben konnte.

Soweit der Verfassungsgeber selbst an unumstößliche Grundsätze des Grundgesetzes gebunden ist, konnte die BRD auch nicht über den "Intregationshebel" [2] des Art. 24 GG diese Verfassungsgrundsätze der Gemeinschaft "opfern". Insoweit gilt in der Tat der Satz "nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet".

Zwar ist damit sichergestellt, daß die neue Gemeinschaft keine Hoheitsgewalt erlangt hat, die sich gegen die in Art. 79 GG genannten Prinzipien wenden kann; jedoch zeigt gerade die Aufzählung dieser Grundsätze (Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, Menschenwürde), daß hier zwar die freiheitlich-demokratische Struktur der BRD vor einer Verfassungsdurchbrechung bewahrt werden sollte, daß aber nicht auch die Grundrechte in diesen Schutz mit einbezogen und damit einer Beeinträchtigung durch die Gemeinschaftsrechtssetzung entzogen sein sollten.

---

1) MAUNZ-DÜRIG, Rd.Nr. 16 zu Art. 24; HAMANN Komm. 2. Auflage S. 227; GLAESNER DÖV 1959, 653 K.H. KLEIN, Übertragung S. 22 ff. ERLER, VVDStRL 18 S. 41 (82 ff); BVerfGE 4, 157 ff. ("Saarurteil") S. 170:"Die verfassungsrechtlichen Grenzen, die auch in diesem Falle gezogen sind und deren Überschreitung die Ungültigkeit des Vertragsgesetzes zur Folge hätte, liegen dort, wo unverzichtbare Grundprinzipien des Grundgesetzes klar verletzt würden, also etwa die in Art. 79 Abs. 3 oder 19 Abs. 2 bezeichneten Grundsätze".

2) IPSEN, S. 26

Die Frage einer Grundrechtsbindung ist bereits beim Streit um die Zulässigkeit des Beitritts zur EVG oder EPG lebhaft erörtert worden [1]. Dabei hat sich die Lehre von der "rechtsstaatlichen Hypothek", mit der die übertragenen Hoheitsrechte belastet seien [2], als ebenso unrealistisch erwiesen [3] wie der Versuch, die Grundrechte des Grundgesetzes auf dem Wege über Art. 79 Abs. 3 GG quasi durch die Hintertür in das Gemeinschaftsrecht einzuführen [4]. Sie stehen im offenen Widerspruch zum Intregationsgedanken des Art. 24 GG [5].

Die Vertreter dieser These berufen sich zur Begründung auf die Bindung des deutschen Gesetzgebers an das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Damit, so wurde argumentiert [6], sei er auch an Art. 2o GG und somit an die Grundrechte gebunden. Da der Grundsatz des Art. 2o GG zu den unabänderlichen Prinzipien des Grundgesetzes gehöre, könnten keine Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen werden, die nicht gleichzeitig die Bindung an die Grundrechte mit enthielten.

Dieser These steht einmal der Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG selbst entgegen: Wäre eine absolute Grundrechtsbindung vom Verfassungsgeber gewollt gewesen, so wäre das sicher im Text der Vorschrift zum Ausdruck gebracht worden. Gerade die Beschränkung auf die in Art. 79 Abs. 3 GG

---

1) Vgl. Kampf um den Wehrbeitrag Bd. I und II

2) HERBERT KRAUS, Kampf um den Wehrbeitrag Bd.II 2. Halbband S. 836 ff; SCHÜLE, ZäoRV 16, 227 ff (243); zu Recht ist gegenüber der Lehre von der rechtsstaatlichen Hypothek eingewandt worden, die Hoheitsgewalt der Gemeinschaft stelle nicht nur - ähnlich der eines Bundesstaates - die Summe der Gewalten seiner Einzelstaaten dar, sondern ein "aliud"(vgl.SCHÜLE a.a.O.).

3) WOHLFAHRT, Juristenjahrbuch Bd. 3,241 ff.(26o).

4) Vgl.K.H.KLEIN,die Übertragung von Hoheitsrechten, S. 22;

5) MEYER-LINDENBERG, Berichte DGVR 4,S.85 ff (112)

6) Vgl. Anm. 4)

aufgezählten Prinzipien zeigt, daß nur diese Grundsätze vor einer Verfassungsdurchbrechung bewahrt werden sollten. Offenbar hat der Verfassungsgeber selbst die Änderung oder Einschränkung von Grundrechten über den ihnen eigenen "Gesetzesvorbehalt" hinaus für möglich und zulässig gehalten.

Zum anderen spricht gegen diese Meinung der Text des Art. 24 GG: Mit dieser Vorschrift wollte der Verfassungsgeber nämlich die Möglichkeit eröffnen, mit einem "großen Wurf" [1] einen neuartigen Zusammenschluß europäischer Staaten zu schaffen und dabei der zu gründenden Gemeinschaft weitgehende Hoheitsgewalt einzuräumen. Diesem Ziel würde es zuwiderlaufen, wenn die Grundrechte von den Gemeinschaften zu beachtendes Recht wären, also auf Gemeinschaftsebene Geltung beanspruchten. Es vertrüge sich auch nicht mit der heute nahezu einhelligen Interpretation des Art. 24 GG, in der "Übertragung" nicht eine "cessio iuris", sondern die Einräumung oder Duldung der Ausübung von Hoheitsrechten zu sehen. [2]

Versteht man aber den Zweck des Art. 24 GG als verfassungsrechtlichen Intregationshebel [3] und sieht man in der Gemeinschaft eine von den Mitgliedstaaten unabhängige, ihnen in Sachbereichen übergeordnete Institution, dann muß man auch konsequenterweise die Verfassung dem Gemeinschaftsrecht unterordnen [4].

Welche Folgerungen sich daraus ergeben und zu welchen Konflikten das im Einzelfall führen kann,

---

1) Ausdruck entnommen bei MAUNZ-DÜRIG, Rd.Nr.7 zu Art. 24.
2) Einen Überblick über den derzeitigen Meinungsstand vermitteln MAUNZ-DÜRIG, Rd.Nr.7 zu Art.24.
3) Ausdruck entnommen bei IPSEN, Beiheft 29, S.26.
4) So im Ergebnis auch KAISER VVDStRL Heft 20 (Bericht in DVBl. 65, S. 111).

ist an dem konkreten Fall einer grundgesetzfeindlichen Richtlinie aufgezeigt worden: Der staatliche Gesetzgeber ist verpflichtet, das Ziel der Richtlinie auszuführen und sich dabei in Widerspruch zu seiner Verfassung zu setzen. Autoren, die dieses Ergebnis für nicht haltbar erachten, gestehen in diesem Falle den staatlichen Stellen das Recht zu, sich der Ausführung der Richtlinie zu widersetzen [1]. Die Begründung, mit der sie diesen Schritt zu rechtfertigen versuchen, ist jedoch mehr praktischer als dogmatischer Natur [2]. Gesteht man erst einmal dem Gemeinschaftsrecht Vorrang auch vor der staatlichen Verfassung zu, dann kommt man an dem hier gefundenen Ergebnis, daß auch grundgesetzwidrige Richtlinien befolgt werden müssen, nicht vorbei. Insoweit hat die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die Gemeinschaft auf dem durchaus zulässigen Wege über Art. 24, 79 Abs. 3 GG die deutsche Verfassung durchbrochen.

Nur wer, wie HEINZ WAGNER [3], dem Gemeinschaftsrecht keinen Vorrang vor den staatlichen Verfassungen einräumt, bewahrt die Grundrechte vor möglichen Verletzungen durch die Gemeinschaftsorgane.

Die rechtliche Tragweite des Satzes "Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, gleich welchen Ranges" ist von so weitreichender

---

1) EVERLING, Niederlassungsrecht S. 11, mit der allerdings unzureichenden Begründung, dem deutschen Gesetzgeber könne kaum auferlegt werden, ein der Verfassung widersprechendes Gesetz zu erlassen. Im Ergebnis ebenso THIEME, a.a.O. S. 74 f.; WENNER, AWD 1962, 111; HAMANN, Kommentar zum Grundgesetz Artl 24 Anm. BB; SCHRÖCKER, DVerwBl. 1958 S. 417.
2) Vgl. EVERLING, Niederlassungsrecht S. 11.
3) Vgl. o. S. 129

Konsequenz, daß es unbedingt erforderlich ist, in der Gemeinschaft entweder durch eine Vertragsrevision oder im Wege der richterlichen Lückenausfüllung durch den EuGH Sicherheiten und Garantien für den Bestand derjenigen staatlichen Verfassungsgrundsätze zu schaffen, die zum festen Bestandteil des Verfassungslebens der einzelnen Staaten geworden sind [1].

Das trifft auf die Grundrechte des Grundgesetzes zu. Wenn auch nicht jener Grundrechtsrigorismus, den wir zum Teil in der BRD betreiben, ohne weiteres auf das Rechtsleben der Gemeinschaft übertragen werden sollte, so müssen doch Sicherungen dagegen geschaffen werden, daß die Gemeinschaft die Grundrechte, wie sie in ihrem wesentlichen Kern in der BRD geschützt und geachtet werden, durch gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen beseitigen oder aushöhlen könnte [2].

Es genügen nicht der Hinweis auf die bislang insoweit geübte Praxis der Gemeinschaftsorgane, in der eine Grundrechtsverletzung wenigstens im deutschen Raume nicht vorgekommen ist, und die wenig überzeugende Feststellung, demokratische Staaten könnten sich nicht zu Staatengemeinschaften zusammenschließen, denen nicht wieder eine demokratische Struktur eigen sei [3]. Zwar ist es richtig, daß nicht jeder Mitgliedstaat in der Gemeinschaft seine Vorstellungen vom Grundrechtsschutz und von den Verfassungsgarantien durchsetzen kann, sondern daß es Kompromisse geben muß und wird [4]. Jedoch darf das nicht über die Gefahr hinwegtäuschen, daß der Verfassungsraum, den der Bundesbürger genießt, stark eingeschränkt werden kann.

---

1) GROSSFELD, JuS 66, 353

2) Vgl. insoweit Anm. 1)

3) STEINDORFF, Rechtsschutz und Verfahren, S.58

4) STEINDORFF, Rechtsschutz und Verfahren, S.58

Nicht die tatsächliche Situation ist entscheidend für die Beurteilung der rechtsstaatlichen Struktur der EWG, sondern die rechtliche Möglichkeit, die Breite der Handlungsskala der Gemeinschaftsorgane. Das ihnen offenstehende Betätigungsfeld ist nur durch einige wenige demokratische Grundsätze eingegrenzt, die zumindest dem Bundesbürger nicht dieselbe Garantie der Einhaltung und Bewahrung seiner Grundrechte gewährt wie die staatliche Verfassung.

Wenn gleichwohl in diesem Stadium bereits der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor jeglichem staatlichem Recht bejaht wird, dann geschieht das in der Erkenntnis, daß die Vorrangfrage in jeder Hinsicht einheitlich gelöst werden muß. Nicht nur in allen Mitgliedstaaten muß das Gemeinschaftsrecht staatlichem Recht vorgehen, es muß auch alles mitgliedstaatliche Recht zu brechen imstande sein. Andernfalls kann es nicht in allen Staaten die gleiche unmittelbare Wirkung haben, die die Vertragsschließenden ihm haben zuerkennen wollen.

Damit ist auch die Frage beantwortet, was mit einer grundgesetzwidrigen Richtlinie in der BRD geschieht: Sie muß, wenn ihr Erlaß nicht einen Ermessensmißbrauch darstellt [1], befolgt werden. Der Deutsche Gesetzgeber als ausführende "staatliche Stelle" hat den Gemeinschaftsauftrag zu befolgen. Das von ihm gesetzte Recht und die von ihm getroffenen Maßnahmen sind wirksam, weil sie zulässige Grundrechtsdurchbrechungen darstellen.

---

1) Vgl. oben S. 82 ff.

Folglich ist es denkbar, daß mit einer Richtlinie gem. Art.52 ff. EWG-Vertrag das Grundrecht der Berufsfreiheit eingeschränkt wird, ohne daß der einzelne die Unwirksamkeit der EWG-Maßnahmen mit Rücksicht auf das Grundgesetz geltend machen könnte.

In der Beseitigung dieser Gefahr der Grundrechtsverletzung durch Gemeinschaftsorgane liegt noch eine große Aufgabe der Gemeinschaft. Sie wird in den nächsten Jahren gerade die Rechtsschutz- und Grundrechtsgrantien ausbauen und erforderlichenfalls positivieren müssen, damit sich nicht eines Tages die Befürchtung ERLERS [1] vom Eintritt "in einen Raum geminderter Rechtsstaatlichkeit" bewahrheitet. Bis dahin besteht immerhin die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch die EWG-Organe.

---

1) a.a.O. S. 26; vgl. auch oben S. 89 ff.

C. Zusammenfassung

Nach Art. 52 ff. EWG-Vertrag werden auf dem Gebiet der Niederlassungsregelungen für die freien Berufe Richtlinien zur Rechtsangleichung erlassen. Die Angleichung wird grundsätzlich in Richtung auf eine stets größere Freiheit der Berufsausübung in der EWG erfolgen; es sind jedoch auch restriktive Maßnahmen zulässig und denkbar. Der Rat der EWG ist nicht gehindert, auch solche Richtlinien zu erlassen, die nach geltendem deutschen Recht gegen das in Art. 12 GG positivierte Grundrecht der Berufsfreiheit verstoßen.

Gegen eine derartige Richtlinie kann die BRD nichts unternehmen. Sie ist völkerrechtlich daran gebunden; die innerstaatlichen Stellen (Bundes- oder Länderparlamente) müssen sie ausführen, weil der Gemeinschaftsauftrag dem Verfassungsauftrag im Range vorgeht.

Der Vorrang zugunsten des Gemeinschaftsrecht vor jeglichem staatlichen Recht ergibt sich aus der Natur des Gemeinschaftsrechts und dessen Funktionen.

Die "rechtsstaatliche Lücke", die dadurch bei Gründung der Gemeinschaft in der BRD entstanden ist, muß in Zukunft positiv- oder gewohnheitsrechtlich geschlossen werden. Die Schaffung europäischer Grundrechte ist also unabdingbares Korrelat einer Rangregel, die dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor jedem staatlichen Recht gewährt.

A n h a n g

Die maßgebenden Artikel des EWG- Vertrages im Wortlaut

Art. 52

Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates werden während der Übergangszeit nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen schrittweise aufgehoben. Das gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaates, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitelverkehr umfaßt die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen.

Art. 54

(1) Vor dem Ende der ersten Stufe stellt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und der Versammlung ein allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Gemeinschaft auf. Die Kommission unterbreitet ihren Vorschlag dem Rat während der beiden ersten Jahre der ersten Stufe.

Das Programm legt für jede Art von Tätigkeiten die allgemeinen Voraussetzungen und insbesondere die Stufen für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit fest.

(2) Der Rat erläßt bis zum Ende der ersten Stufe einstimmig und danach mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und der Versammlung Richtlinien zur Verwirklichung des allgemeinen Programms oder - falls ein solches nicht besteht - zur Durchführung einer Stufe der Niederlassungsfreiheit für eine bestimmte Tätigkeit.

(3) Der Rat und die Kommission erfüllen die Aufgaben, die ihnen auf Grund der obigen Bestimmungen

übertragen sind, indem sie insbesondere

a) im allgemeinen diejenigen Tätigkeiten mit Vorrang behandeln, bei denen die Niederlassungsfreiheit die Entwicklung der Produktion und des Handels in besonderer Weise fördert;

...

b) die aus innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften abgeleiteten Verwaltungsverfahren und -praktiken ausschalten, deren Beibehaltung der Niederlassungsfreiheit entgegensteht;

....

Art. 57

(1) Um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern, erläßt der Rat während der ersten Stufe der Übergangszeit einstimmig und danach mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise.

(2) Zu dem gleichen Zweck erläßt der Rat vor dem Ende der Übergangszeit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten. Hierbei ist Einstimmigkeit für die Sachgebiete erforderlich, die in mindestens einem Mitgliedstaat durch Gesetz geregelt sind, sowie für Maßnahmen, die sich auf den Schutz des Sparwesens, insbesondere die Gewährung von Krediten und Ausübung einer Banktätigkeit, sowie auf die Voraussetzungen für die Ausübung der ärztlichen, arztähnlichen und pharmazeutischen Berufe in den einzelnen Mitgliedstaaten beziehen. Im übrigen beschließt der Rat während der ersten Stufe einstimmig und danach mit qualifizierter Mehrheit.

(3) Die schrittweise Aufhebung der Beschränkungen für die ärztlichen, arztähnlichen und pharmazeutischen Berufe setzt die Koordinierung der Bedingungen für die Ausübung dieser Berufe in den einzelnen Mitgliedstaaten voraus.

Art. 100

Der Rat erläßt einstimmig auf Vorschlag der Kommission Richtlinien für die Angleichung derjenigen

Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.

Die Versammlung und der Wirtschafts- und Sozialausschuß werden zu den Richtlinien gehört, deren Durchführung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Änderung von gesetzlichen Vorschriften zur Folge hätte.

Art. 164

Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages.

Art. 173

Der Gerichtshof überwacht die Rechtmäßigkeit des Handelns des Rates und der Kommission, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt. Zu diesem Zweck ist er für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung dieses Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmißbrauchs erhebt.

...

Art. 189

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe dieses Vertrags erlassen der Rat und die Kommission Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen, sprechen Empfehlungen aus oder geben Stellungnahmen ab.

Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich, überläßt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

Die Entscheidung ist in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet.

Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich.

Lebenslauf

Am 30. Juli 1939 wurde ich als Sohn des Versicherungsdirektors Helmut Kahlert und seiner Ehefrau Martha Kahlert geb. Rothe in Berlin geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Reifeprüfung legte ich im März 1959 am Staatlich-Städtischen Gymnasium in Bielefeld (neusprachlicher Zweig) ab. Anschließend studierte ich an den Universitäten Kiel, Freiburg und Münster Rechtswissenschaft.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 12. Oktober 1963. Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst in Bielefeld, Münster und Hamm legte ich am 16. November 1967 die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Vom Dezember 1967 bis August 1968 war ich als Anwaltsassessor in einer Anwaltspraxis in Hamm beschäftigt. Im September 1968 erhielt ich meine Zulassung als Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Hamm.